Die Haftung des Verkäufers für Viehmängel nach BGB., dogmatisch und auf historischer Grundlage dargestellt.

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Juristenfakultät zu Rostock

vorgelegt von

Paul Averdunk
Gerichtsreferendar in Duisburg.

Brackwede,
Dr. Breitenbach & Hoerster.
1905.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0037

Meinen lieben Eltern.

Meinen lieben Verwandten in Potsdam.

Angabe der benutzten Literatur.

I. Literatur für das römische Recht mit Berücksichtigung des Gemeinen Rechts:

Dernburg, Dr. H. Pandekten, Band II. 2. Aufl. Berlin 1889.

Dieckerhoff, Dr. W. Die Gewährleistung beim Viehhandel. Berlin 1896.

— Gerichtliche Tierarzneikunde. 2. Aufl. Berlin 1899.

Gesterding, Sieben Abhandlungen aus der Lehre vom Edikte der Aedilen über verkäufliche Gegenstände und besonders von der actio redhibitoria. Ein Aufsatz in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, herausgegeben von Dr. J. P. B. von Linde, Dr. Th. G. L. Marezoll, Dr. A. W. von Schröter, Band VI, 2. Aufl. Giessen 1843.

Kreutzer, Dr. J. M. Die in Bayern geltenden Gesetze, Statuten und Gewohnheitsrechte bezüglich der Viehgewährschaft. Erlangen 1854.

Neustetel, Dr. L. J. u. Zimmermann, Dr. S. Römisch-rechtliche Untersuchungen für Wissenschaft und Ausübung. Band I. Heidelberg 1821.

Scherer, Dr. M. u. O. Das in Deutschland geltende Viehwährschaftsrecht. 2. Aufl. Leipzig 1891.

Sell, Dr. K. u. Dr. W. Jahrbücher für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechtes. Bd. III. Braunschweig 1844.

Verhandlungen des 19. deutschen Juristentages zu Stettin, Bd. I und III. Berlin u. Leipzig 1888.

Westphal, Dr. E. Chr. Lehre des Gemeinen Rechtes vom Kauf, Pacht etc. Leipzig 1889.

Windscheid, Dr. B. Lehrbuch des Pandektenrechtes. Bd. II. 5. Aufl. Stuttgart 1879.

II. Literatur für Deutsches Recht.

Amira, Karl von. Nordgermanisches Obligationenrecht. Leipzig 1882.

Beseler, Dr. G. System des gemeinen deutschen Privatrechtes Abt. I. Berlin 1885.

Bornemann, Dr. W. Systematische Darstellung des Preuss. Civilrechtes. Bd. III. 2. Aufl. Berlin 1843.

Corpus juris Germanici, herausgegeben von Dr. Walter, Berlin 1824.

Dernburg, Dr. H. Preuss. Privatrecht. Bd. II. 2. Aufl. Halle 1850.

Dieckerhoff, Dr. W. Die Gewährleistung beim Viehhandel. Berlin 1896.

— Gerichtliche Tierarzneikunde. 2. Aufl. Berlin 1899.

Eichhorn, Dr. Fr. Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. 5. Aufl. Teil I—IV. Göttingen 1843.

Förster, Dr. F. u. Eccius, Dr. M. E. Preuss. Privatrecht. 6. Aufl. Bd. I u. II. Berlin 1892.

Freudenstein, Dr. G. Der Viehhandel. Leipzig 1889.

Gengler, Dr. H. G. Das deutsche Privatrecht. Erlangen u. Leipzig 1892.

Gerber, C. F. von. System des deutschen Privatrechtes. 14. Aufl. Jena 1882.

Guta-Lagh, herausgegeben und übersetzt von Dr. K. Schildener. Greifswald 1818.

Hachenburg, Dr. M. Das Recht der Gewährleistung beim Tierhandel. Mannheim 1888.

Heise und Cropp, Juristische Abhandlungen. Bd. I. Hamburg 1827.

Koch, Kommentar z. A. L. R. Bd. I. 8. Aufl. Berlin und Leipzig 1884.

Kraut, Dr. W. Th., Grundriss zu den Vorlesungen über das deutsche Privatrecht, neu bearbeitet von F. Frensdorff. 6. Aufl. Berlin u. Leipzig 1886.

Kreutzer, Dr. J. M., Die in Bayern geltenden Gesetze, Statuten u. Gewohnheitsrechte bezüglich der Viehgewährschaft. Erlangen 1854.

Kübel, Dr. von, Die Gewährleistung beim Viehhandel; im Württembergischen Archiv für Recht und Rechtsanwendung. Bd. 21, No. 1. Tübingen 1880.

Rechtsdenkmäler des deutschen Mittelalters von Dr. A. von Daniels, Dr. Fr. von Gruben und Dr. Fr. J. Kuehne. Bd. I, III 1 u. III 2. Berlin 1863.

Runde, Dr. J. Fr., Deutsches Privatrecht, 8. Aufl. Göttingen 1829.

Sachsenhausen, Dr. F. R., Die Lehre von der Nachwährschaft für verkaufte Haustiere nach deutschem Recht. München 1857.

Scherer, Dr. M. u. O., Das in Deutschland geltende Viehwährschaftsrecht. 2. Aufl. Leipzig 1891.

Stiernhöock, de antiquo jure Sueonum. Holmiae 1682.

Stobbe, G, Deutsches Privatrecht. Bd. III. Berlin 1898, neu bearbeitet von H. O. Lehmann.

Verhandlungen des 19. deutschen Juristentages zu Stettin. Bd. I u. III. Berlin u. Leipzig 1888.

Völderndorff, Dr. O. Frhr. von, Gesetz: Die Gewährleistung bei Viehveräusserungen betreffend. München 1860.

III. Literatur für die Währschaftsbestimmungen des BGB.

Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler und Staudinger.

Blätter für Rechtsanwendung von Dr. J. v. Staudinger. Bd. 65. Erlangen 1900.

Buchka, Dr. G. von, Bürgerliches Gesetzbuch und Gemeines Recht. 2. Aufl. Berlin 1898.

Cosack, Dr. C., System des deutschen bürgerlichen Rechtes. Bd. II. Tübingen u. Leipzig 1902.

— Lehrbuch des Handelsrechts.

Dernburg, Dr. H., Das bürgerliche Recht, Bd. II. 2. Abt. Halle 1901.

Dieckerhoff, Dr. W., Die Gewährleistung beim Viehhandel, Berlin 1895.

Eccius in Gruchot, Beiträge Bd. 43, S. 305 ff.

Eck, Dr. E., Vorträge über das Recht des BGB. 1. u. 2. Aufl. 3. Lieferung, Berlin 1903.

Endemann, Lehrbuch des BGB. Bd. I. Berlin 1899.

Fischer, Dr. O. und Henle, W., Handausgabe zum BGB. 5 Aufl. München 1902.

Flechtheim in Gruchot, Beiträge, Bd. 44, S. 65 f.

Gierke, O., Der Entwurf eines BGB. und das deutsche Recht. Leipzig 1899.

Handelsgesetzbuch, Guttentagsche Sammlung, herausgegeben von F. Litthauer.

Haymann, Dr. Fr., in Gruchot Beiträge. Bd. 46, S. 509 f.

Hirsch, Dr. E. u. Nagel, L., Die Gewährleistung beim Viehhandel nach BGB. Stuttgart 1902.

Klosterkemper, Dr., Die Gewährleistung beim Tierkauf nach BGB. Vortrag Osnabrück 1900.

Kuhlenbeck, Dr. L., Von den Pandekten zum BGB. Teil II, 1. Hälfte. Berlin 1899.

— Das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl. Berlin 1903.

Lang, Dr. von., Ein Beitrag zu der Lehre von den Gewährschaftsklagen, in den Jahrbüchern der Württembergischen Rechtspflege, Bd. 5, Nr. XI. Tübingen 1893.

Lehmann, Dr. K. und Ring, v., Kommentar zum Handelsgesetzbuch.

Materialien, Die gesamten, zum BGB., herausgegeben von B. Mugdan, Bd. II. Berlin 1899.

Matthiass, Dr. B., Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. 2. Aufl. Berlin 1899.

Meisner, Dr. J., Das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Buch I u. II. Breslau 1898.

— Chr., Die Vorschriften des BGB. über Viehgewährschaft. München 1900.

Neumann, Dr. H., Handausgabe des BGB., Berlin 1903.

Oertmann, O., Kommentar z. BGB. Recht des Schuldverhältnisses. Berlin 1899.

Planck, Dr. G., Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. II. Berlin 1900.

Rein, F., Die Gewährleistung bei Viehveräusserungen nach BGB. unter Berücksichtigung des bayer. Gesetzes vom 26. August 1858. München 1899.

Reuter, M. u. Sauer, R, Die Gewährleistung bei Viehveräusserungen nach BGB. Berlin 1900.

Scherer, Dr. M., Recht der Schuldverhältnisse des BGB. Buch II. § 241—353. Erlangen 1899.

Schollmeyer, Dr. Fr., Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB. Berlin 1897.

Siméon, Dr. F, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1901.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.

Staudinger, Dr. J. von, Kommentar zum BGB. Bd. II. Recht und Schuldverhältnisse von Th. Mayring. München 1901.

Stölzle, Dr. H., Viehkauf nach dem BGB., Berlin 1899.

Tielker, Karl, Die Gewährleistung beim Viehhandel; Inaugural-Dissertation.

Weyl, Dr. R., Vorträge über das BGB. Bd. I. München 1898.

Inhalt.

Seite

I. Einleitung . . . . . 1—2

II. Ausführung:

A) Überblick über die geschichtliche Entwickelung der Währschaftsbestimmungen.

1. im röm. Recht mit Berücksichtigung des Gemeinen Rechtes . . . . . 2—12

2. im deutschen Rechte . . . . . 12—26

B) Dogmatische Darstellung der Haftung des Verkäufers für Viehmängel nach BGB.

I. Die allgemeinen Vorschriften über Mängelhaftung kommen beim Verkaufe derjenigen Tiere zur Anwendung, die nicht zu den besonderen, in § 481 aufgezählten, Tiergattungen gehören . . . . . 26—28

II. Für gewisse Tiergattungen gelten besondere Bestimmungen, § 481—493.

a) Für die Gewährleistungspflicht des Verkäufers kommen nur bestimmte Fehler in Betracht, die sogen. Hauptmängel, § 482 28—31

b) Die Hauptmängel müssen sich innerhalb der gesetzlich angegebenen Gewährfristen zeigen, § 482 . . . . . 31—32

c) Die Haftung des Verkäufers ist in gewissen Fällen gesetzlich ausgeschlossen, § 460, 461, dagegen in gewissen Fällen bis zur Schadensersatzpflicht erhöht, § 463 . . . . . 32—39

d) Die Gewährleistungsfrist beginnt mit dem Ablauf des Tages, an dem die Gefahr auf den Käufer übergeht, § 483. Die Gewährfrist kann durch Parteiabrede verlängert oder verkürzt werden, § 486 . . . . . 39—41

e) Es besteht die gesetzliche Vermutung, dass ein Hauptmangel, der sich innerhalb der Gewährfrist gezeigt hat, auch schon zur entscheidenden Zeit vorhanden gewesen war, § 484 . . . . . 41—42

Seite

f) Der Käufer hat die Pflicht, den entdeckten Fehler sofort dem Verkäufer anzuzeigen bei Vermeidung des Verlustes aller seiner Rechte, § 485 . . . . . 42—44

g) Der Käufer kann wegen eines Hauptmangels nur Wandelung verlangen, die Minderungsklage ist ausgeschlossen, § 487 44–47

h) Die Folgen der Wandelung, § 487—489 . 47—54

i) Die Verjährung des Anspruches auf Wandelung und auf Schadensersatz, die Folgen der Verjährung, § 490 . . . . . 54—56

k) Statt der Wandelung kann der Käufer eines nur der Gattung nach bestimmten Tieres Lieferung eines mangelfreien Tieres verlangen, § 491 . . . . . 57—58

l) Der Verkäufer kann eine weitergehende Gewährleistungspflicht übernehmen, als die gesetzliche Haftung beträgt. Folgen dieser Übernahme erweiterter Haftung, § 492 . . 58–66

III. Schluss.

I.

Mit dem 1. Januar 1900 trat das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst einem Einführungsgesetze in Kraft. Wie für so manche Streitfragen, so manche bis dahin von einander abweichenden Rechtssätze, so gibt das BGB. auch dem bis dahin bunten Gebilde geltender Währschaftsgesetze eine einheitliche Regelung. Der erste Titel des siebenten Abschnittes im zweiten Buche behandelt den Kaufvertrag und gibt hier wieder in den §§ 481—492 besondere Bestimmungen über den Viehkauf. Das Geltungsgebiet dieser Vorschriften erstreckt sich auf das ganze Deutsche Reich, da alle privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze mit der Einführung des BGB. ausser Kraft getreten sind. (EG. BGB. Art. 55). Auch können entgegenstehende landesgesetzliche Bestimmungen nicht mehr getroffen werden, da ein dahingehender Vorbehalt im EG. BGB. nicht gemacht ist. Selbst im Handelsverkehr finden bei Viehkäufen diese besonderen Vorschriften des BGB. über Mängelhaftung Anwendung, HG. § 382.

Mit dem Abschluss eines Kaufvertrages entstehen Rechte und Pflichten, sowohl auf Seiten des Verkäufers wie des Käufers, § 433[1]). Hinsichtlich der Pflichten des Verkäufers, speziell der Haftung für etwaige Mängel der verkauften Sache, macht das BGB. zwei grundlegende Unterschiede: Die Haftung des Verkäufers für Mängel im Rechte, und die Haftung für Mängel der Sache. Die Haftung des Verkäufers für Mängel im Rechte oder, wie das BGB. sich ausdrückt § 443, die Verpflichtung zur Gewährleistung wegen eines Mangels im Rechte ist beim Viehkaufe nicht anders behandelt wie beim gewöhnlichen Kaufe, ist auch zu allen Zeiten und wohl in allen Rechten nie Gegenstand besonderer recht-

1) Eine Zahlenangabe ohne nähere Bezeichnung nimmt immer auf einen Paragraphen im BGB. bezug.

licher Bestimmungen gewesen. Hierzu läge meines Erachtens auch kein Grund vor, denn für die Beurteilung des Mangels im Rechte macht es keinen Unterschied, ob dieses Recht an einer leblosen Sache oder einem lebenden Wesen besteht. Was jedoch die Gewährleistung des Verkäufers wegen Mängel der Sache anbelangt, — und diese versteht man nur darunter, wenn man von Gewährleistung wegen Viehmängel spricht — so hat das BGB. für gewisse Tiergattungen Sonderbestimmungen beim Viehkaufe aufgestellt, §§ 481—493.

II. A. I.

Für die Beurteilung und das Verständnis der in das BGB. aufgenommenen einschlägigen Rechtssätze ist ein Zurückgehen auf die vordem herrschenden Grundsätze und eine Betrachtung der historischen Entwicklung derselben unumgänglich notwendig.

Die Frage, wie weit der Verkäufer für etwaige Mängel der verkauften Sache zu haften habe, ist in den einzelnen Rechten verschieden beantwortet worden. Vornehmlich haben zwei grundverschiedene Rechtsanschauungen selbständig und getrennt von einander ihre Entwicklung durchgemacht: die eine bei den Deutschen, die andere bei den Römern. Die dem deutschen Rechte entstammenden Sätze bezeichnet man wohl als „deutschrechtliches Prinzip“ im Gegensatz zu dem „römischrechtlichen Prinzipe“ (Motive z. B. BGB. S. 244, Protokolle S. 1449, Denkschrift S. 64, 65[1]). Mit dem Eindringen römischrechtlicher Grundsätze in Deutschland, der sogenannten Rezeption, bildete sich durch Vereinigung römischrechtlicher und deutschrechtlicher Gedanken ein sogenanntes „gemischtes Prinzip“, das in einem grossen Teile Deutschlands zur Anwendung kam, so namentlich in Preussen durch das

1) Hier und im Folgenden ist Bezug genommen auf die Motive, Denkschrift und Protokolle zum II. Teil des BGB., dem Obligationenrecht, wie sie bei Mugdan im II. Band aufgeführt sind. Die Seitenzahl bezieht sich auf die Numerierung der amtlichen Ausgabe, bei Mugdan am Rande vermerkt.

ALR. (Motive S. 246.) Die in den verschiedenen Prinzipien enthaltenen Rechtssätze bezüglich der Gewährleistung beim Viehkaufe und ihre geschichtliche Entwicklung näher zu erörtern, soll unsere nächste Aufgabe sein, indem wir ausgehen vom römischen Recht.

„Den Grund aller Bestimmungen über die Mängelhaftung", führt Keller aus[1]), „darf man wohl in dem schon von Cicero de officiis II, 17 ausgesprochenen Satze finden: hoc secundum naturam est, neminem id agere, ut ex alterius praedetur inscitia. Es entspricht der Billigkeit, dass bei einem Verkaufe der Kaufpreis in einem gewissen Verhältnisse zu dem wahren Werte der verkauften Sache steht, und dass der Käufer wegen blosser Nichtkenntnis von Fehlern einer Sache zur Zeit des Kaufabschlusses keinen Schaden erleiden darf zu Gunsten eines Dritten, der sich diese Unkenntnis zu Nutzen macht." Dieses Prinzip, das der Billigkeit am meisten entspricht, wurde in Rom jedoch erst durch die ädilitischen Edikte eingeführt. Schon in den ältesten Zeiten sind gerade die Haustiere und daneben auch immer die Sklaven — weil sie ja doch fast wie Tiere behandelt wurden — Gegenstand besonderer Vorschriften gewesen[2]). Darüber kann man sich auch nicht wundern, denn gerade bei den ackerbautreibenden Völkern bildete der Viehbestand die hauptsächliche Grundlage und der Massstab für den Wohlstand jedes einzelnen, sowie ganzer Völker. Auch bedingt der Handel mit lebenden Wesen wegen ihrer leichten Veränderlichkeit und ihren häufig auftretenden, aber oft schwer zu erkennenden Krankheiten eine besondere Behandlung, im Gegensatz zu den leblosen Sachen, die einer derartigen Gefahr und schwierigen Beurteilung bei weitem nicht so ausgesetzt sind. Am wenigsten wurde dieses Moment im alten Rom, in der Zwölftafelgesetzgebung berücksichtigt. Das alte formenstrenge Zivilrecht hielt sich

1) Keller a. a. O. S. 89, vgl. Kreutzer a. a. O. S. 2.

2) Vgl. in der Bibel II. Moses Kap. 21 und 22, wo wir schon Bestimmungen über die Haftpflicht bei Schäden finden, welche durch Haustiere verursacht sind.

nur an den gesetzlich vorgeschriebenen Wortlaut, und nach dem Satze: „uti lingua nuncupasset, ita jus esto“ [1]) brauchte der Verkäufer nur für die Fehler oder die Abwesenheit der Eigenschaften einzustehen, deren Nichtvorhandensein oder Vorhandensein er ausdrücklich mit feierlichen Worten zugesichert hatte; und dann haftete er allerdings auch auf das Doppelte [1]). Diese seine Haftung erstreckte sich demnach nur auf die „dicta et promissa“, wobei der Unterschied von „dicere“ und „promittere“ in den Quellen D. 21. 1. 19. 2 [2]) dahin angegeben wird, dass das „dicere“ die vom Verkäufer gelegentlich der Verhandlungen angegebenen Eigenschaften, das „promittere“ die vertragsmässig zugesicherten Eigenschaften betrifft. Ausserdem erstreckt sich seine Haftung auch auf die Fälle arglistigen Verschweigens; jedoch ist hier zu unterscheiden zwischen einfachen dolus [3]) und dolus malus [4]). Letzterer allein begründet eine Haftung des Verkäufers nach Civilrecht, d. h. nur die arglistige Täuschung oder, wie Scherer a. a. O. S. 4 sagt: „Es genügt nicht einfacher Betrug, sondern der Verkäufer musste Kunstgriffe angewandt haben, um dem Käufer die Fehler der Kaufsache zu verdecken oder zu verheimlichen“. Für dolus, d. h. einfaches Verschweigen bekannter, verborgener Fehler bestand noch keine Haftung, und damit wurde ja der betrügerischen Uebervorteilung seitens gewissenloser und geschäftskundiger Kaufleute Tür und Tor geöffnet. Dies nicht zum wenigsten war der Grund zur Einführung neuer Rechtssätze, die zwar in dem

1) Bei Gothofredus lautet der Text: „Quum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupasset, ita jus esto. Si inficias ierit duplione condemnatur“ vgl. Cicero de officiis III, 16.

2) Diese Citierweise ist von Professor Kipp, Berlin, eingeführt und bietet ihrer Einfachheit und Natürlichkeit wegen m. E. grosse Vorteile. Diese Stelle findet sich also in den Dig. Buch 21, Tit. I, lex 19 § 2.

3) Dieckerhoff, Ger. Tierarzn. a. a. O. S. 9, 18, gebraucht hierfür die Bezeichnung dolus bonus, doch findet sich dieselbe m. E. in den Quellen nicht.

4) D. 19, 1. 5. 1. vgl. auch Scherer, Viehwährschaftsrecht a. a. O. S. 4.

alten formenstrengen Zwölftafelrecht keinen Platz fanden, aber der aequitas, der Billigkeit und dem gesteigerten Verkehre umsomehr gerecht wurden. „Rom hatte aufgehört“, so sagt Dr. Neustetel richtig von jener Zeit[1]), „die fromme Stadt voll Sitteneinfalt zu sein, deren Bürger die ärmliche Zwölftafelgesetzgebung durch Ehr- und Gerechtigkeitsliebe ergänzten; und das alte Recht fing an, unzulänglich zu werden und der neuen Schlauheit und Hinterlist zu begegnen.“ Daher machte sich ein Bedürfnis nach grösserer Sicherstellung des Käufers beim Viehkaufe gegenüber derartigen Verkäufern geltend, „nam id genus hominum, wie es in den Quellen D. 21. 1 44. 1. heisst, ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius est“. Diesem Bedürfnisse nach weiteren Schutzmitteln beim Viehkaufe wurden die mit der Marktpolizei betrauten Aedilen in ihren Edikten gerecht. Sie legten die Rechtssätze fest, die dem entwickelteren Handelsverkehre allein entsprachen, und die vielleicht auch schon gewohnheitsmässig in das alte Civilrecht hineingetragen waren[2]).

Nach altem Civilrecht konnte der Käufer seine Ansprüche geltend machen mit der actio empti, sowohl beim Fehlen der „dicta aut promissa“ wie auch bei arglistigem Verhalten des Verkäufers. Mit dieser Klage konnte er in erster Linie nur Erfüllung und weiterhin dann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen[3]). Die Aedilen gingen in ihren Edikten nun weiter zu Gunsten des Käufers: „causa huius edicti proponendi est, ut emptoribus succurratur“ D. 21. 1. 1. 2. Zunächst dehnten sie die Haftung des

1) Dr. L. J. Neustetel a. a. O. S. 157.

2) Vgl. Scherer Viehwährschaftsrecht a. a. O. S. 8.

3) So auch Keller a. a. O. S. 154, 140, 159, 160. Gesterding a. a. O. S. 16, 17. A. M. Neustetel a. a. O. S. 166, 167. Scherer, Viehwährschaftsrecht S. 2. Sie wollen mit der actio empti schon in dieser Zeit Wandlung und Minderung verlangen. Keller S. 140, den Scherer zitiert, will gerade das Gegenteil sagen, und Windscheid, Pand. II. § 393 Note 9 kann nicht in Betracht kommen, da er auf das alte Civilrecht gar nicht bezugnimmt, auf das es hier ankommt. Dass die Ansicht für die Kaiserzeit und weiter im gemeinen Rechte zutreffen mag, gebe ich zu.

Verkäufers auf die von ihm wissentlich verschwiegenen, dem Käufer unbekannt gebliebenen Mängel aus, also auf den einfachen dolus[1]). Daneben aber zogen sie die Kenntnis des Verkäufers von etwaigen Mängeln überhaupt nicht in Betracht und bestimmten, dass er für alle Mängel hafte, soweit sie erheblich seien und dem Käufer unbekannt geblieben. Nach dem Edikte sollte der Verkäufer jeden Mangel seiner Ware kennen und ihn demgemäss anzeigen; so lautet denn der Anfang des Ediktes: „qui mancipia vendunt, certiores faciant emptores“ und „qui jumenta vendunt, palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiique sit“[2]). Wie wir hier sehen, betrifft der zweite Teil des Ediktes den Handel mit Haustieren. Das Motiv, den Käufer bei diesem Geschäft günstiger zu stellen, finden wir klar ausgedrückt. Erst später wurden diese Grundsätze über die Gewährleistung auf alle Kaufgeschäfte ausgedehnt, mit Ausschluss fiskalischer Gegenstände[3]). Zur Durchführung dieser Ansprüche schufen die Aedilen zwei neue Klagen, die der aus dem Zwölftafelrecht stammenden actio empti hinzugefügt wurden: die actio redhibitoria, die Wandlungsklage mit einer Verjährungsfrist von sechs Monaten, und die actio quanti minoris, die Minderungsklage, mit einer Verjährungsfrist von 12 Monaten nach dem Kaufabschlusse. Während aber mit der actio empti das volle Interesse, auch der etwa eingetretene mittelbare Schaden eingeklagt werden konnte, konnte der Käufer mit den ädilitischen Klagen nur Rückgängigmachung

1) Cicero de officiis III, 16: a jureconsultis etiam reticentiae poena est constituta. ad bonam fidem statuit pertinere, notum esse emptori vitium, quod nosset venditor. quod vitii venditor non dixisset sciens, id oportere praestari.

2) D. 21. 1. 1. § 1 und 21. 1. 38 pr. Über das ädilitische Edikt vgl. Keller a. a. O. S. 116 ff. Neustetel a. a. O. S. 189 ff. Gesterding a. a. O. S. 13 ff. Windscheid Pand. II, S. 481 ff. Dernburg Pand. II, S. 100.

3) Keller a. a. O. S. 117, 130. D. 21. 1. 1. pr., 21. 1. 63, 21. 1. 1. § 3. Neustetel S. 209, 210 ff. Dernburg Pand. II, S. 269. Windscheid Pand. II, S. 481, § 393 Anm. 1

des Kaufes[1]) oder Herabsetzung des Kaufpreises verlangen[2]). Während ferner die actio empti erst in dreissig Jahren verjährte, unterlagen die ädilitischen Klagen der oben angeführten kurzen Verjährungsfrist, D. 21. 19. 6. Beide Klagen standen dem Käufer wahlweise zu, jedoch mit einer gewissen Einschränkung. Hatte der Käufer die actio redhibitoria angestrengt, so konnte er immer noch auf die actio quanti minoris zurückgreifen und umgekehrt. War es jedoch schon bei einer der Klagen zu einer Entscheidung gekommen, so stand der Anstrengung einer neuen Klage wegen desselben Fehlers die exceptio rei judicatae entgegen, und das mit Recht nach dem alten Grundsatze: bis de eadem re ne sit actio[3]). Demnach lag hier alternative Klagekonkurrenz vor, wonach der Kläger durch die versuchte Durchführung eines seiner Rechte die übrigen verlor und nicht erst durch die erfolgreiche Benutzung, wie bei der elektiven Klagenkonkurrenz[4]). Voraussetzung für die Klagen war, wie oben angedeutet, Erheblichkeit des Fehlers; dieser musste die gewöhnliche Brauchbarkeit des Tieres wesentlich beeinträchtigen. Unbedeutende kleine Mängel kamen nicht in Betracht, nur ein „vitium quod usum ministeriumque rei impedit“[5]) wurde berücksichtigt, wozu bei Tieren auch die vitia animi gerechnet wurden und nicht nur wie sonst die körperlichen Fehler[6]). Der

1) In den Quellen ist die Klage folgendermassen definiert: D. 21. 1. 21: pr. redhibere est facere, ut rursus habeat venditor, quod habuerit, et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata quasi redditio.

2) Ebenso Dernburg Pand. II, S. 27, 1, Windscheid Pand. II, S. 484.

3) Ebenso Neustetel a. a. O. S. 230 ff. vgl. D. 21. 1. 38 pr., ferner 21. l. 43, 6. 44, 2, 25, 1. Ich kann mich der von Dernburg Pand. II. S. 274 aufgestellten Ansicht nicht anschliessen; die dort angeführte Stelle setzt m. E. einen Fall wie D. 21. l. 43, 6 voraus, und dann continet actio quanti minoris etiam redhibitionem.

4) z. B. die Busse und ein damit konkurierender Schadensersatzanspruch.

5) D. 21, l. 8. Windscheid Pand. II, S. 482.

6) Vgl. D. 21, l. 4, 3, 21. l. 43 pr. 21, l. 38. 9. Auch

Mangel musste ferner verborgen, dem Käufer ohne dessen grobes Verschulden unbekannt geblieben sein, D. 21. 1. 1. 6. lex 14. 10. lex 48. 4. Er musste dem Käufer bei der vorhergehenden Besichtigung des Tieres nicht in die Augen gefallen und ohne eine besondere Anzeige nicht erkennbar gewesen sein. Hatte der Käufer es nur an der nötigen Sorgfalt bei der Besichtigung und Untersuchung fehlen lassen, so fand auch hier das Sprüchwort Anwendung: „Wer die Augen nicht auftut, tue den Beutel auf". Zeigte sich hinterher ein Mangel an dem verkauften Tiere, so traf nur ihn der Schaden, und er hatte denselben sich selbst zuzuschreiben. Aus dem Edikte haftete der Verkäufer demnach nie, wenn der Käufer den Mangel kannte oder wegen grober Fahrlässigkeit[1]) nicht kannte. War so seine Haftung einerseits beschränkt, so wurde sie andererseits auf die Fehler ausgedehnt, die ihm selbst unbekannt geblieben waren[2]). „In Beziehung auf solche Fehler, sagt Neustetel S. 191 treffend, wird demzufolge auch der unwissende Verkäufer so angesehen, als ob er sie verheimliche, und muss sich daher, wenn sich einer vorfindet, gleich als versierte er in dolo, die Auflösung des Geschäfts gefallen lassen. Bei den ädilitischen Mängeln kommt es daher auf die Wissenschaft des Verkäufers nicht weiter an, es wird nicht untersucht, ob er sie gekannt habe oder nicht". „Dummodo sciamus venditorem, etiamsi ignoravit ea, quae aediles praestari jubent, tamen teneri debere. nec est hoc iniquum, potuit enim ea nota habere venditor; neque enim interest emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate", D. 21. 1. 1. 2. Schliesslich musste der Fehler schon zur Zeit des Kaufabschlusses

---

Keller a. a. O. S. 127. Scherer Viehwährschaftsrecht S. 59. Neustetel a. a. O. S. 234. Heute fallen jedoch auch Seelenfehler unter den Begriff „körperliche Fehler".

1) Welcher Massstab dabei anzuwenden ist, darüber herrscht Streit. Vgl. Windscheid Pand. II, § 393 Anm. 6. Scherer, Viehw. S. 66. Dieckerhoff, Gewährleistung b. Viehhandel S. 12. M. E. kommt es auf den Massstab des gewöhnlichen Mannes an, nicht des Kenners, ebenso Windscheid.

2) Vgl. Hachenburg a. a. O. S. 18.

vorhanden gewesen sein. Ein nachher entstandener Mangel begründete keine Haftung des Verkäufers, denn mit der „Perfektion des Kaufvertrages“ [1]) geht die Gefahr des zufälligen Unterganges oder der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über: „periculum est emptoris“ [2])[3]).

Nimmt der Käufer wegen eines Mangels den Verkäufer mit der actio redhibitoria in Anspruch, so sind die Parteien verpflichtet, den Zustand wiederherzustellen, der vor dem Kaufabschlusse bestand, gleichsam als wäre das Geschäft überhaupt nicht abgeschlossen [4]) D. 21. 1. 21. pr. Der Käufer muss das gekaufte Tier zurückgeben nebst allen Nutzungen und Zuwüchsen [5]). Die etwa verbrauchten fructus hat er zu vergüten, D. 21. 1. 23. 9, ebenso wie die von ihm verschuldeten [6]) Verschlechterungen, D. 21. 1. 23. pr. Dagegen trifft die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung den Verkäufer [7]): „et si mortuum fuerit jumentum pari modo redhiberi poterit, quemadmodum mancipium potest“ [8]); wenn also sonst nur ein Grund zur Redhibition vorlag, schloss der Untergang des Tieres die Wandelung nicht aus. Der Verkäufer andererseits ist verpflichtet zur Rückgabe des Kaufpreises nebst Zinsen, D. 21. 1. 27. Er muss ferner dem Käufer allen durch das Tier verursachten Schaden ersetzen, nur muss zwischen dem entstandenen Schaden und dem Redhibitionsgrunde ein Kausalzusammenhang bestehen, D. 21. 1. 23. 8. D. 21. 1. 31. pr. D. 21. 1. 58. pr. Der Verkäufer muss ferner dem Käufer alle auf das Tier verwendeten

1) Dernburg, Pand. II, S. 256.

2) Inst. III, 23. 3.

3) Vgl. Windscheid, Pand. II, § 96. Dernburg, Pand. II, § 390, Kreutzer, Viehgewährschaft S. 4. Dieckerhoff, Gewährleistung b. Viehh. S. 14 Nr. 3.

4) Vgl. Dernburg, Pand. II, § 101. Windscheid Pand. II, § 394, Westphal a. a. O. § 485 ff.

5) D. 21. 1. 24. lex 23 9. lex 31. 2—4. lex 33.

6) Jede Fahrlässigkeit D. 21. 1. 31. 12, sogar haftet der Käufer für das Verschulden seiner Leute D. 21. 1. 25 1.

7) Gesterding a. a. O. S. 34. Westphal a. a. O. S. 506, 507.

8) D. 21. 1. 48, pr. lex 38. 3. lex 47. 1.

Kosten erstatten — wie z. B. bei Krankheit die Kosten des Arztes und der Pflege. — Eine Klage gibt ihm jedoch das römische Recht nicht, sondern nur das Recht, das Tier bis zur Erstattung der Aufwendungen zurückzubehalten (Retentionsrecht), D. 21, 1. 29. 3.

Verlangt der Käufer Minderung des Kaufpreises mit der actio quanti minoris, so finden im allgemeinen die oben ausgeführten Sätze auch hier Anwendung, nur mit der Massgabe, dass die Kaufsache nicht zurückgegeben, sondern der Kaufpreis verhältnismässig gemindert wird. Über die Berechnung der Preisminderung herrschte Streit; Die Quellen machen keinen Unterschied zwischen Kaufpreis und wahrem Werte, daher wurde in Rom wohl, wie Dernburg[1]) sagt, „der Kaufpreis insoweit gemindert, als er den nach Aufdeckung des Fehlers geschätzten Wert des Tieres überstieg.“ Diese Methode ist nicht genau, und wurde im Gemeinen Rechte durch die heute noch geltende Berechnung ersetzt, wonach der Kaufpreis in dem Verhältnis herabzusetzen ist, in welchem zur Zeit des Verkaufes der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Werte gestanden haben würde. BGB. § 472.

Waren mehrere Tiere verkauft und zeigten sich nur bei einem oder einigen derselben Fehler, so war zu prüfen, ob die Tiere von einander getrennt werden konnten oder nicht; war letzteres der Fall, wie z. B. bei einem Viererzug (quadriga) so musste sich der Käufer hinsichtlich aller die Redhibition gefallen lassen, D. 21. 1. 38. 14[2]).

Einige besondere Vorschriften, die in das Gemeine Recht nicht aufgenommen wurden, insofern sie für das heutige Recht nicht mehr von Belang sind, hatten die Ädilen in ihrem Edikte noch aufgestellt. Der Käufer konnte verlangen, dass der Verkäufer ihm besonders durch Stipulation die Abwesenheit von Mängeln versprach, „solet pro-

1) Pand. II, S. 274 Note 16, vgl. Windscheid Pand. II. S. 485, Note 1. D. 21. 1.

2) Vgl. Westphal a. a. O. § 490. Windscheid, Pand. II. S. 488, 2. und Note 13.

mittere qui jumenta vendidit, esse, bibere ut oportet", D. 19, 1, 11, 4. Weigerte er sich, so konnte der Käufer binnen zwei Monaten Wandelung, binnen sechs Monaten Minderung verlangen[1]. Der Aufputz (ornamenta), mit dem die Tiere auf dem Markte aufgestellt wurden, galt als mitverkauft; wurde er nicht mitgeliefert, so konnte der Käufer binnen 60 Tagen Nachlieferung (actio de ornamentis restituendis) oder Wandelung verlangen, D. 21. 38. pr. u. 11[2]). Wer endlich nach D. 21. 1. 45 bei der actio redhibitoria seiner Verpflichtung zur Rückgabe des Kaufpreises oder der Accessionen nicht nachkam, wurde ins Doppelte verurteilt[3]). Eine allgemeine Anpreisung seiner Ware machte den Verkäufer nicht verbindlich, „laudat venales, qui vult extrudere merces"[4]), und diesem seinem Bestreben wurde das Fehlen etwaiger angekündigter Eigenschaften zugute gerechnet[5]).

Diese durch die Ädilen in Rom eingeführten Rechtssätze sind fast ausnahmslos in Deutschland rezipiert und Gemeines Recht geworden. Sie sind somit bis 1900 für die Viehwährschaft die allein massgebenden Bestimmungen in dem Teile Deutschlands gewesen, in dem nach den Motiven S. 244 „das römische Rechtsprinzip ganz rein gegolten hat". Ferner aber sind sie, und das ist das Wichtigere, die heute noch geltenden, in das BGB. aufgenommenen Grundsätze für die Gewährleistung beim Kaufe allgemein und auch beim Viehkaufe, soweit nicht die Sonderbestimmungen der §§ 481—492 etwas anders vorschreiben. Diese besonderen Bestimmungen des BGB.

---

1) D. 21. 1. 28. D. 21. 1. 62. Dernburg, Pand. II, § 100, S. 269. Windscheid Pand. II. § 394, 4.

2) Windscheid, Pand. II, S. 494, Dernburg, Pand. II, S. 269.

3) Vgl. Dernburg, Pand. S. 269 Note 9 u. 10. Windscheid, Pand. II, S. 487 Note 11.

4) Horaz, Epistulae, lib. II, ep. 2. v. 11. Vgl. auch das deutsche Sprichwort: Jeder Verkäufer lobt seine Ware.

5) D. 21. 1. 19, pr. und § 3. D. 18. 1. 43 pr. Dieckerhoff, Ger. Tierarzn. S. 14. Gesterding a. a. O. S. 1 ff. Dernburg, Pand. II, S. 270.

für den Viehkauf sind von dem römischen Rechte wesentlich verschieden. Sie führen ihren Ursprung auf das älteste deutsche Recht zurück. — Ihres Inhaltes sowie ihrer geschichtlichen Entwicklung sei nun des näheren gedacht.

II A. 2.

In Übereinstimmung mit dem ältesten römischen Recht, dem Zwölftafel-Gesetz, beschränkte auch das deutsche Recht gewohnheitsmässig und handelsüblich die Haftung des Verkäufers für Mängel der Sache auf die ausdrückliche oder stillschweigende Zusage, und auf das arglistige Verhalten des Verkäufers. Das älteste deutsche Recht war Gewohnheitsrecht. Erst lange Zeit nach der Völkerwanderung wurden die bei den Südgermanen gewohnheitsrechtlich ausgebildeten Rechtssätze durch die Berührung mit dem römischen Reich und gerade zum Unterschiede zu dem für die Römer geltenden Rechte gesammelt und niedergeschrieben in den sogenannten „leges barbarorum." Über den Viehhandel finden wir in ihnen nur wenige Bestimmungen. Das gesamte Recht wird von dem Grundsatz der Treue beherrscht. Auf das Wort des Mannes kann man sich verlassen — ein Mann, ein Wort. — Was er beim Kaufe gesagt und zugesichert, dafür haftet er und weiter für nichts. Die Unwandelbarkeit eines einmal abgeschlossenen Geschäfts war die Regel. Mochte der Käufer sich die Ware vorher besehen und prüfen, ob etwa Mängel vorhanden seien, hinterher konnte er sich nicht mehr beklagen; der giltig abgeschlossene Kauf war unanfechtbar. Das wollen die alten deutschen Sprichwörter sagen: „Augen für Geld", oder „Augen auf, Kauf ist Kauf"[1]). Und so steht es auch schon in der lex baiuv. XVI. 9[2]): „nemo firmitatem venditionis inrumpit. Sed postquam factum est negotium, non sit

1) Vgl. Beseler a. a. O. S. 506 u. 507. Runde a. a. O. S. 179, § 192.

2) Vgl. auch Kraut, Grundriss S. 303 und Sachsenhausen a. a. O. S. 3. Heise und Cropp a. a. O. S. 165. Anm. 6.

mutatum“. Eine Ausnahme wurde nur gemacht. Hatte der Verkäufer erhebliche Mängel gekannt und arglistig verschwiegen, oder besondere Zusagen, die er gemacht, nicht erfüllt, so konnte der Käufer das Geschäft anfechten und rückgängig machen, eine Minderung des Kaufpreises kannte das deutsche Recht nicht[1]: „nemo firmitatem venditionis inrumpit, nisi forte vitium invenerit, quod ille venditor celavit, si autem venditor dixerit vitium, stet emptio et non mutare potest; si autem non dixerit, mutare potest in illa die et in alia et in tertia die“[2]. Das Anfechtungsrecht konnte nur binnen drei Tagen ausgeübt werden, ausser wenn der Gegner nicht aufzufinden war: „si plus de tribus noctibus habuerit, postea non potest mutare, nisi forte eum invenire non potuerit“[3]. Diese Bestimmungen fanden grundsätzlich auf den Handel mit allen Waren in gleicher Weise Anwendung, nur wurde wohl schon in dieser Zeit der Handel mit Haustieren in gewisser Weise besonders gestaltet, woraus sich später dann gewohnheitsrechtlich die vom sonstigen Warenhandel abweichenden Vorschriften immer mehr ausgebildet haben. Für die Beurteilung der leblosen Sachen mochten die Bestimmungen ausreichen; hierbei konnte jeder Käufer den Wert und die Fehler der Ware beim Kaufabschlusse genügend feststellen; wo es sich aber um Tiere handelte, deren Fehler[4] nicht so offenkundig und leicht zu beurteilen sind, da wurde dem Käufer gleichsam als Probezeit eine Frist gewährt, innerhalb deren er sich von der Güte und Gesundheit der

---

1) Heise und Cropp S. 167. Sachsenhausen S. 4. Dieckerhoff, Gewährleistung b. Viehh. S. 29. Scherer, Viehw. a. a. O. S. 20. Dernburg, Pr. Priv.-R. S. 374 Anm. 6.

2) l. Baiuv. XVI. 9. Vgl. Kraut, Grundriss S. 303, Heise und Cropp a. a. O. S. 165.

3) l. Baiuv. Tit. 15, Kap. 9, vgl. dann Kraut, Grundriss S. 303, Heise und Cropp a. a. O. S. 165. Eichhorn a. a. O. S. 382.

4) l. Baiuv Tit. 15 cap. 9: „in animalibus autem sunt vitia, quae aliquoties celare potest venditor“ Heise u. Cropp a. a. O. Anm. 6, S. 165.

Tiere überzeugen konnte[1][2]), auch wurden gewisse Mängel aufgeführt, die immer eine Wandlung begründen sollten. Aus diesen haben sich dann später die sogenannten Hauptmängel des BGB. entwickelt[3]). Die Gewährfrist betrug auch hier drei Tage und selten mehr[4]). Der Käufer konnte nur Wandlung verlangen, und auch nur unter der Voraussetzung, dass der Fehler erheblich und dem Verkäufer bekannt gewesen war. Konnte dieser aber schwören, allein oder mit seinen Eideshelfern, dass er den Fehler nicht gekannt habe, so wurde er von der Haftung befreit[5]): l. Baiuv. Tit. XV. Cap. 9: „aut si non vult recipere, juret cum sacramentali uno quia vitium sibi nullum sciebam in illa die quando negotium fecimus, et stet factum“ [6]). Bei den Nordgermanen finden sich ähnliche Bestimmungen hinsichtlich der Gewährleistung beim Kaufe[7]). Ein Rücktrittsrecht wegen Mängel der Ware ist dem Käufer nur beim Viehkaufe gegeben und

---

1) vgl. Heise u. Cropp a. a. O. S. 165, § 3. Gengler a. a. O. S. 421. Beseler a. a. O. S. 507. Sachsenhausen a. a. O. S. 5.

2) Es lag jedoch nicht ein Kauf auf Probe vor, wie im alten schwedischen Rechte, denn sonst hätte der Käufer ja nach Belieben die Sache zurückgeben können. Sachsenhausen a. a. O. S. 8, 10 Anm. Vgl. darüber Heise u. Cropp a. a. O. S. 166, § 3. Stiernhöök, de vetusto jure Sueonum Lib. 2 cap. 5 pag. 232–234. Holmiae 1682. v. Amira, Nordgerm. Obligationsrecht I. S. 570.

3) l. Baiuv. XVI. 9. in mancipio aut in caballo aut in qualecumque peculio id est aut caeco (blind) aut hernioso (brüchig) unt caduco (fallsüchtig) aut leproso (räudig).

4) Im angelsächsischen Recht 30 Tage, lex Inae vgl. Anm. 6.

5) Sachsenhausen a. a. O. S. 9, § 5. Heise u. Kropp S. 165. Stobbe, D. Priv.-R. S. 309.

6) Dasselbe galt im alten angelsächischen Rechte. Hier war die Probezeit auf 30 Tage ausgedehnt. Durch Beschwören der Nichtkenntnis konnte sich der Käufer befreien. Lex Inae 56. Aus Kraut, Grundriss S. 303, vgl. dazu Beseler a. a. O. 507, Anm. 15.

7) vgl. dazu v. Amira a. a. O. S. 569, § 76.

ursprünglich nur beim Kaufe bestimmter Haustiere wegen bestimmter Mängel. Die Frist für den Rücktritt — fræstmark genannt — ist auch hier nur kurz bemessen und gesetzlich bestimmt, und zwar verschieden, je nachdem der Verkäufer und Käufer in derselben Hundertschaft wohnen oder nicht. Das Rücktrittsrecht fällt ganz fort, wenn das Vieh auf dem Markte gekauft ist[1]).

Während die Aufzählung einiger Gewährmängel in diesen Rechten nur beispielsweise geschah[2]), um einen leichteren Masstab für die Erheblichkeit eines Fehlers zu geben, wurde in der späteren Zeit gewohnheitsrechtlich die Haftung des Verkäufers auf gewisse Mängel beschränkt, auf die sogenannten Hauptmängel[3]). Der Grundzug in den Rechten der späteren Zeit ging aber dahin, den Käufer von Haustieren günstiger zu stellen als den Käufer sonstiger Waren[4]), und darin änderte auch nicht viel die Beschränkung der Haftung des Verkäufers auf die Hauptmängel. Denn bei der wenig oder gar nicht ausgebildeten Tierarzneikunde waren dies fast die einzigen Mängel, die man kannte oder von denen man wenigstens wusste, dass sie die Brauchbarkeit des Tieres beeinträchtigten. In anderen Punkten wurde der Käufer aber wesentlich günstiger gestellt. Wegen dieser Hauptmängel — soweit sie verborgene und nicht offen in die Augen fallende Fehler waren[5]) — konnte er immer Wandlung verlangen, wenn sie sich innerhalb der fast überall noch drei Tage betragenden Gewährfrist zeigten. Von dieser Haftung konnte sich der Verkäufer nur befreien, wenn er seine Unkenntnis beschwören konnte.

Jahrhunderte hindurch pflanzten sich diese alten Rechtssätze ungeschrieben fort, bis in den einzelnen

1) vgl. v. Amira a. a. O. S. 569 f.

2) vgl. Sachsenhausen a. a. O. S. 7, § 3.

3) vgl. Sachsenhausen a. a. O. S. 17, § 9. Heise und Cropp S. 167 Anm. 10.

4) vgl. Sachsenhausen a. a. O. S. 11, § 7. Heise und Cropp S. 169.

5) vgl. Runde a. a. O. S. 179, § 192.

Ländern und Städten im zwölften und dreizehnten Jahrhundert die herrschenden Gebräuche niedergeschrieben wurden; so entstanden die Spiegel, Land- und Stadtrechte. Auch in ihnen ist nur wegen bestimmter Mängel die Wandlung zugelassen; die Minderung nirgends erwähnt[1]). Viele Stadtrechte beschränken ihre Bestimmungen auf den Pferdehandel, oder geben nur für ihn genauere Vorschriften, während sie es hinsichtlich der übrigen Haustiere bei den hergebrachten Gewohnheiten belassen[2]). „So widmen das bayrische Rechtsbuch Kaiser Ludwigs vom Jahre 1346, Tit. 18, Cap. 244, das Münchener Stadrecht v. J. 1347, Art. 163, und das Freisinger Stadtrecht v. J. 1359 ausschliesslich den „tadelhaftigen rozzen“ ein Kapitel“[3]), in denen dann folgendes ausgeführt wird: Jemand hat seinen Verkäufer verklagt, weil er ihm ein rotzkrankes Pferd verkauft hat, ohne ihn auf diesen Fehler aufmerksam zu machen, der andere entgegnet, dass er es dem Käufer nicht anders gegeben habe, als dieser es gesehen, und ferner, dass er es ihm dafür gegeben habe, wie es zu der Zeit war, als er es übergab, ohne dass der Käufer etwas daran getadelt habe[4]). Es wird entschieden, der Käufer solle einen Eid leisten, es sei denn, dass der Verkäufer seine beiden Behauptungen mit noch zwei Eideshelfern beschwören könne[5]). Als Hauptmängel, für welche der Verkäufer immer haften musste, galten: Rotz, Staarblindheit, Dämpfigkeit, Stätigkeit und Koller[6]). In manchen Statuten waren sie alle, in manchen nur einige von diesen Fehlern aufgezählt; so in der Schrae von Soest[7]), im Magdeburger Stadtrecht von 1304[7]). Das

---

1) vgl. v. Gerber a. a. O. S. 469.

2) vgl. Stobbe Deutsch. Priv.-R. S. 307ff. Beseler a. a. O. S. 507.

3) aus Sachsenhausen a. a. O. S. 17 u. 18.

4) vgl. Stobbe a. a. O. 309.

5) vgl. den Urtext bei Sachsenhausen S. 18.

6) vgl. Gerber a. a. O. S. 469 Anm. 7.

7) Kraut, Grundriss a. a O. S. 304 Nr. 8 u. 9.

sächsische Weichbild bestimmt in Art. 97[1]): „Der Verkäufer eines Pferdes soll geweren, dass es nicht stätig sei, noch staarblind, noch hartschlägig.“ Die Glosse fügte noch hinzu: „Hier merk' auch, dass eines Pferdes Verkäufer schuldig ist zu gewähren vor Rutzigkeit und Koldern.“ Die Gewährfrist ist meist auf drei Tage angegeben, so in der alten Schrae von Soest, wo es heisst[2]): „Welcher Mann ein Pferd kauft, das hovetseyck (Hauptseuche = Rotz), staarblind oder dämpfig ist, das soll er wandeln binnen drei Tage“, ebenso im Stadtrechte von Bremen und Verden, Ordel 55[3]).

Der vermehrte Sachsenspiegel (schlesisches Landrecht) zeigt einen bedeutenden Fortschritt in der Tierarzneilehre, indem hier die Gewährfristen einmal erheblich verlängert, andermal für die einzelnen Krankheiten verschieden angeordnet sind. So ist für Rotz 14 Tage und für Staarblindheit 4 Wochen Gewähr zu leisten[4]). Neben der gesetzlichen Haftung finden wir in den Statuten dieser Zeit zum ersten Mal auch ein vertragsmässiges Abkommen über die Pflicht zur Gewährleistung, so dass dieselbe durch Vertrag entweder ganz ausgeschlossen, beschränkt oder sogar ausgedehnt werden kann; dies ergibt die in vielen Statuten angeführte Klausel: „ere vorwort ne sin anders“[5]). Der Sachsenspiegel ist das Vorbild aller späteren Stadt- und Landrechte des Nordens von Deutschland gewesen[6]),

1) Aus den Rechtsdenkmälern des deutschen Mittelalters von Daniels, Gruben u. Kuehns Bd. I S. 185, vgl. Kraut, Grundriss a. a. O. S. 304 Nr. 11. Sachsenhausen a. a. O. S. 20. Dieckerhoff, Ger. Tierarzn. S. 26.

2) Aus Kraut, Grundriss a. a. O. Nr. 8. Dieckerhoff, Ger. Tierarzn. S. 28.

3) vgl. Kraut, Grundriss S. 303 Nr. 7. Sachsenhausen S. 22 § 11.

4) vgl. Sachsenhausen S. 23, Dieckerhoff Ger. Tierarzn. S. 27.

5) aus Kraut Grundriss S. 303 Nr. 6. Sachsenhausen S. 24 § 12.

6) So für das erwähnte Bremer Statut von 1433. Für das Statut von Braunschweig v. J. 1532. Schwarzburg-Sonders-

wie das bayrische Landrecht von 1518 für Süddeutschland; letzteres kannte auch die drei Hauptmängel: Rotz, Räude und Dämpfigkeit mit einer Gewährfrist von 14 Tagen bei Pferden.

In diese Zeit fällt nun die Aufnahme des römischen Rechtes in Deutschland; nicht plötzlich und mit einem Schlage wurden all die alten deutschen Rechtssätze umgeworfen und die römischen an die Stelle gesetzt, sondern allmählich — Jahrhunderte vergingen darüber — gewann das römische Recht die Oberhand. Begünstigt wurde die Rezeption des römischen Rechtes vor allem durch die höhere Entwicklung und vollkommenere Gestaltung, die das römische Recht dem deutschen Rechte auf allen Gebieten voraus hatte. Zudem waren die Rechtssätze festgelegt bis ins einzelne hinein in den grossen Gesetzwerken Justinians, während das deutsche Recht die meisten Rechtsfragen weder ausgebildet, noch überhaupt niedergeschrieben hatte. Die Bestimmungen dagegen, die ihre Aufnahme in den alten Stadtrechten gefunden hatten, leisteten auch dem römischen Rechte Widerstand und haben sich bis heute erhalten. Begünstigt wurde ferner die Rezeption durch das Aufblühen der Städte und des Handels, vor allem durch das Emporkommen einer Rechtswissenschaft, deren Träger von den Bologneser Rechtsschulen den Geist und den Inhalt des römischen Rechtes nach Deutschland hinübertrugen und an den deutschen Gerichtshöfen zur Geltung brachten. So konnte denn die Reichs-Kammergerichtsordnung von 1495 den Richtern verordnen: zu richten nach des Reiches gemeinen Rechten, d. i. nach römischem Rechte. So vollzog sich denn auf allen Gebieten ein gewaltiger Umschwung, vor allem in der Lehre vom Kauf; aber es war ein merkwürdiger Umschwung. Die ädilitischen Edikte über die Mängelhaftung wurden vollständig mit übernommen[1]) mit Aus-

---

hausen v. J. 1554. Frankenhausen v. J. 1556. Greusser Statut v. J. 1556. Lübisches Stadtrecht v. J. 1586.

1) vgl. Beseler a. a. O. S. 507.

nahme einiger weniger Bestimmungen, die den deutschen Sitten unbekannt oder veraltet waren[1]) (wie z. B. die Gewährleistung bei Sklavenkäufen oder die Nachlieferung des Aufputzes). Was jedoch die alten überlieferten deutschen Bestimmungen über die Mängelhaftung bei Viehkäufen anbelangte, so hielten diese sich grade dem ädilitischen Edikte gegenüber aufrecht[2]) und fanden als Ausnahmebestimmungen von den sonst römischrechtlichen Vorschriften in den Gesetzbüchern des 17. und 18. Jahrhunderts Aufnahme.

Auch hier wurde in den meisten Gesetzen nur für den Pferdehandel diese Ausnahme zu Gunsten des deutschen Rechtes gemacht; hatten sich diese Rechtssätze doch wegen ihrer Aufzeichnung und Ausbildung, die sie in den Stadt- und Landrechten des Mittelalters erfahren, am klarsten und wirksamsten erhalten[3]).

Römisches Recht herrschte in den Gesetzbüchern dieser Zeit vor. Stark machte sich der Einfluss der ädilitischen Mängelhaftung auf die Gewährleistung bei Tierkäufen geltend. Auf das Wissen oder Nichtwissen des Verkäufers von dem Mangel kam es nicht mehr an, nicht mehr konnte er sich durch einen Eid von der Haftung verborgener Hauptmängel befreien[4]). Dafür hatte aber der Käufer den schwierigen Beweis des Vorhandenseins des Fehlers schon zur Zeit des Kaufabschlusses zu führen. In vielen Gesetzen wurde ein Unterschied zwischen Haupt- und Nebenmängeln gemacht, und wegen letzterer die Minderungsklage zugelassen, besonders beim Schlachtvieh. Während beim Kauf im allgemeinen die ädilitischen Gewährfristen eingeführt wurden, hielt man beim Viehkaufe grade an der überlieferten kurzen, meist dreitägigen Frist fest.

---

1) vgl. Dernburg, Pand. II, S. 100, S. 269.

2) vgl. Beseler a. a. O. S. 507. Hachenburg a. a. O. S. 20. Völderndorff a. a. O. S. 3, § 4.

3) vgl. das Lüneburger Stadtrecht v. J. 1699, die Verordnung für Calenburg-Grubenhagen v. J. 1697 bei Scherer a. a. O. Viehw. S. 13, 14, Dieckerhoff, Ger. Tierarzn. S. 31.

4) vgl. Stobbe a. a. O. S. 309. Beseler a. a. O. S. 508.

Während der Käufer von Haustieren nach früherem Rechte viel günstiger gestellt war als der Käufer anderer Waren, hatte sich durch das Eindringen des römischen Rechtes die Rechtslage zu Ungunsten des Viehkäufers merkwürdig geändert. „Es sind", so führt Heise und Gropp S. 168 sehr richtig aus, „wie das in ähnlichen Fällen öfters ergangen ist, mehrenteils die allgemeinen Grundsätze, die man in die Rechtsbücher und Statuten nicht aufgenommen hatte, weil man darin nur das Gewöhnliche und häufig Vorkommende aufnahm, vergessen, und dafür die des römischen Rechtes adoptiert; dagegen aber häufig die besonderen Normen, denen man beim Pferde- und Viehhandel folgte und die sich in den Rechten oft aufgezeichnet fanden, beibehalten worden; wodurch dann freilich ein eigenes Missverhältnis der Rechte entstanden ist. Denn während der Käufer eines Pferdes in dem früheren Rechte aller Wahrscheinlichkeit nach vor dem anderer Gegenstände begünstigt war, sind seine Rechte jetzt in doppelter Hinsicht, nämlich teils in Betreff der Mängel, wegen welcher, teils in betreff der Zeit, in welcher er den Handel wieder aufheben kann, viel eingeschränkter als bei dem Kaufe anderer Dinge, wobei man die Grundsätze des neueren römischen Rechtes befolgt."

Während die Gesetzbücher des 16. und 17. Jahrhunderts überwiegend römischrechtliche Grundsätze in sich aufgenommen hatten, kehrte das 18. und 19. Jahrhundert wieder mehr auf das deutsche Recht zurück[1]). So wurden in den meisten Gesetzbüchern dieser Zeit die deutschrechtlichen Vorschriften über den Pferdehandel auch auf die übrigen Haustiere ausgedehnt, soweit sie besonders für den Handel in Frage kamen[2]). Anderseits wurde in den einzelnen Landesgesetzen dem Übelstande, der sich durch die Rezeption des römischen Rechtes gebildet hatte, dadurch abgeholfen, dass man nun wieder verschiedene Bestimmungen zu Gunsten des Käufers gab.

1) vgl. Hachenburg a. a. O. S. 21.
2) vgl. Hachenburg a. a. O. S. 21 ff.

Während der Käufer einer Ware nach gemeinem Rechte wegen aller erheblichen, verborgenen Mängel innerhalb 6 oder 12 Monaten nach dem Kaufabschluss den Verkäufer in Anspruch nehmen konnte, hatte man beim Viehkaufe an den alten deutschen Bestimmungen festgehalten. Hiernach haftete der Verkäufer nur für die Hauptmängel innerhalb der kurzen Verjährungsfrist; dem Käufer lag dagegen in den meisten Rechten der Beweis ob, dass der Fehler schon zur Zeit des Kaufabschlusses entstanden oder vorhanden gewesen war. Dies wurde nun geändert. Die Zahl der Hauptmängel wurde erweitert, indem man auch noch andere Krankheiten als die bisher üblichen dazu rechnete[1]).

Vor allem wurde dem Käufer die Beweislast erheblich vermindert. Zeigte sich ein Mangel innerhalb der Gewährfrist, und setzte der Käufer den Verkäufer hiervon in Kenntnis, so sollte vermutet werden, dass der Fehler schon zur Zeit des Kaufabschlusses bestanden habe, wogegen dann freilich der Verkäufer das Gegenteil beweisen konnte[2]). Ferner wurden die Gewährfristen für die einzelnen Krankheiten entsprechend den Forderungen der immer mehr sich entwickelnden Tierarzneikunde verlängert und verschieden bestimmt. Vielfach wurde auch die Haftung des Verkäufers über die Gewährfristen hinaus verlängert, nur mit der Massgabe, dass dem Käufer wieder die Beweislast zufiel, wenn ein Fehler nach Ablauf der Gewährfrist auftrat[3]). Die Gewährfristen begannen, wie im alten deutschen Rechte, vom Tage der Übergabe des Tieres ab und nicht vom Kaufabschlusse; ebenso wie sich der Gefahrübergang auf den Käufer nach deutschem Rechte erst mit dem Tage der Übergabe vollzieht[4]). Die Wandelungs-

1) vgl. Gengler a. a. O. S. 418. Hachenburg a. a. O. S. 21.

2) vgl. Stobbe a. a. O. S. 310, 311. Beseler a. a. O. S. 507. Gengler a. a. O. S. 420.

3) vgl. Stobbe a. a. O. S. 311. Gengler a. a. O. S. 423. Völderndorff, Gutachten. Verh. d. deutsch. Jur.-Tages Bd. I S. 64 ff.

4) vgl. Beseler a. a. O. S. 509. Gengler a. a. O. S. 420.

klage war allein zulässig[1]), die Minderungsklage nur in wenigen Gesetzen zugelassen, besonders wenn das Tier geschlachtet war[2]). Fast in allen Rechten muss der Käufer den entdeckten Fehler dem Verkäufer sofort oder binnen einer kurzen Frist anzeigen. Die Haftung des Verkäufers für Arglist und besondere Zusagen blieb nach wie vor bestehen[3]).

Diese Bestimmungen haben im allgemeinen in den meisten neueren Gesetzen ihre Aufnahme gefunden und verkörpern im ganzen heute das „deutschrechtliche Prinzip". Die einzelnen Gesetze hier aufzuzählen, würde zu weit führen, zumal gerade bei dem in Deutschland um die Mitte des vorigen Jahrhunderts herrschenden Partikularismus ihre Zahl keine unbeträchtliche ist; ich verweise auf die Motive z. BGB. S. 246 ff., wo sie im einzelnen genauer behandelt sind.

Aus der Verbindung des deutschrechtlichen und römischrechtlichen Prinzips entstand ein drittes, das sog. „gemischte Prinzip". Die Grundlage bildete hierbei das Gemeine Recht, und die ädilitischen Vorschriften über Mängelhaftung fanden auch bei Viehkäufen Anwendung. Eine Ausnahme wurde jedoch zu Gunsten des Käufers hinsichtlich der Beweislast gemacht, und in dieser Beziehung den deutschrechtlichen Bestimmungen Eingang verschafft. Bei den sogenannten Nachtkrankheiten, d. h. solchen Krankheiten, die sich bei verkauften Tieren innerhalb 24 Stunden nach der Übergabe zeigten, galt zu Gunsten des Käufers die Vermutung, dass dieselben schon zur Zeit des Kaufabschlusses bestanden hätten. Dasselbe war der Fall bei einigen Tieren, in Bezug auf bestimmte Krankheiten, wenn sie sich innerhalb einer etwas länger bemessenen Frist, meist vier Wochen, zeigten. Der Käufer musste aber bei Verlust seines Rechtes den Fehler rechtzeitig dem Verkäufer anzeigen; letzterer konnte sich auch hier von seiner Gewährleistungspflicht

1) vgl. Gerber a. a. O. S. 469. Beseler a. a. O. S. 507.
2) vgl. Stobbe a. a. O. S. 311. Gengler a. a. O. S. 423.
3) vgl. Gengler a. a. O. S. 421.

befreien, wenn er nachwies, dass der Fehler erst nach der Übergabe entstanden war[1]). „Dieses System wurde von den beiden grossen, deutschen allgemeinen Gesetzgebungen, der preussischen und der österreichischen (bürg. G. B. §§ 922—923), angenommen, sowie auch vom sächsischen bürgerlichen Gesetzbuch §§ 929 ff.“[2])

So war die Rechtslage in Deutschland gestaltet, die die Kommission zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches vorfand, ein buntes Gebilde geltender Währschaftsrechte. Vor allem drehte sich der Streit um die Frage, welches Prinzip dem künftigen Gesetzbuche als Grundlage zu dienen habe, das römische oder das deutsche. Für und wider das eine oder das andere erhoben sich zahlreiche Stimmen. Für[3]) das römische Prinzip sprachen sich aus: Die zweite Versammlung des deutschen Veterinärrates zu Berlin 1874, der tierärzliche Verein für die Provinz Brandenburg 1876, das Gutachten der Königlich Preussischen technischen Deputation für das Veterinärwesen und endlich der 19. deutsche Juristen-Tag zu Stettin[4]. Dagegen für das deutschrechtliche Prinzip: das Königlich preussische Landes-Oekonomie-Kollegium 1870, sowie die Mehrzahl der deutschen Regierungen und der landwirtschaftlichen Vereine; endlich für das gemischte Prinzip: Die zweite internationale Versammlung von Tierärzten in Wien 1865 und der Deutsche Landwirtschaftsrat 1875.

So wichen die Ansichten hüben und drüben weit von einander: „Das System des ädilitischen Ediktes“, so führt Scherer aus[5]), „hat seine Mängel; die Wichtigkeit und Erheblichkeit des Fehlers muss in jedem einzelnen

---

1) A. L. R. Teil I, Tit. II §§ 192—206; vgl. Förster-Eccius a. a. O. S. 65. Dernburg, Pr. R. S. 374 ff. Motive z. BGB. S. 246. Bornemann a. a. O. S. 34 ff. § 177.

2) So Koch, Kommentar z. A. L. R. § 199.

3) vgl. Kübel a. a. O. S. 19 ff.

4) vgl. die Verhandlungen d. 19. deutsch. Jur.-Tages Bd. III S. 170 ff.

5) So Scherer, Viehw. S. 278 ff.

Falle festgestellt werden; bei den selten vorkommenden Fehlern ist daher stets ein sehr umfangreiches Beweisverfahren notwendig. Es wird in der Tat Fälle berichtet, in welchen die Parteien an den Prozesskosten nach dem System des ädilitischen Ediktes zu Grunde gingen. Das System der Ädilen vermehrt und verlängert die Prozesse, zumal den Käufer stets die Beweislast trifft, dass der Fehler bereits zur Zeit des Kaufabschlusses vorhanden war. Das deutsche System schneidet die Prozesse möglichst ab."

Die Kommission und der Reichstag haben sich denn auch auf den Boden des deutsch-rechtlichen Prinzips hinsichtlich der Mängelhaftung bei Viehkäufen gestellt, und die Begründung dafür in den Motiven[1]) folgendermassen gegeben: „Sache des Gesetzgebers ist es, in erster Linie das praktische Bedürfnis, welchem das Gesetz zu dienen bestimmt ist, ins Auge zu fassen, und die Rücksicht hierauf, bei der vorliegenden Rechtsmaterie also die Rücksicht auf die Bedürfnisse und die Förderung des Viehhandels und damit zugleich der Viehzucht, muss bei den zu treffenden Bestimmungen den Ausschlag geben, wenn auch die strenge Rechtskonsequenz zu einem anderen Resultate führen würde. Man kann zugeben, dass die Gründe, welche im allgemeinen dafür sprechen, dem Veräusserer die Haftpflicht für alle verborgenen und nicht unerheblichen Mängel der Sache aufzuerlegen, an sich auch beim Viehhandel zutreffen, die Rechtslogik dazu führen würde, auch die Gewährleistung beim Viehhandel unter das römischrechtliche Prinzip zu stellen, welches bei den leblosen Gegenständen den Anforderungen des Verkehrs gerecht wird. Allein es sind gewichtige praktische Bedenken, welche dagegen sprechen, indem der Umstand, dass der Viehhandel es mit lebenden Organismen zu tun hat, im konkreten Falle die Entscheidung der Fragen, ob ein Fehler der bezeichneten Art vorliege, und noch mehr, ob der Fehler schon zur

1) Motive z. BGB. S. 249 ff.

entscheidenden Zeit vorhanden gewesen, in hohem Grade erschwert und bei der Abhängigkeit der Entscheidung nach allen diesen Richtungen in jedem einzelnen Falle von dem schwierigen Gutachten Sachverständiger einesteils für den Erwerber ein günstiger Erfolg sehr fraglich gemacht, andernteils für den Veräusserer ein unleidlicher Zustand der Ungewissheit bis zum Ablauf der Verjährungszeit herbeigeführt wird, während solche Rechtsunsicherheit und Rechtsungewissheit den Viehhandel in empfindlicher Weise zu schädigen geeignet sind. Gerade um diesen Nachteilen im Interesse der Landwirtschaft und des Handels zu begegnen, hat die Gesetzgebung im Anschluss an das deutsch-rechtliche Prinzip zur Aufstellung von Gewährmängeln, Gewährfristen und Präsumtionen gegriffen."

Nicht wenig mag zu diesem Entschlusse der Umstand beigetragen haben, dass das deutschrechtliche Prinzip nicht allein in einem grossen Teile Deutschlands, sondern auch im Auslande stark vertreten ist[1]).

In Frankreich waren in vielen Gegenden diese Bestimmungen gewohnheitsmässig gang und gäbe. „Der gewaltig aufräumende Code Napoleon, der sonst rein auf dem Boden des römischen Rechtes steht, ist hier stehen geblieben"[2]), und hat es in diesen Punkten bei den althergebrachten Gewohnheiten belassen.

Durch Gesetze von 1838 und 1884 wurde der code civil im Sinne des deutschrechtlichen Prinzips abgeändert; dasselbe geschah in Luxemburg und Belgien. Selbst in Italien, dem Geburtslande der actiones aediliciae, hatte sich in den meisten Gebieten das deutsche System Geltung verschafft, ebenso in vielen Kantonen der Schweiz.

---

1) vgl. dazu Motive z. BGB. S. 245. Völderndorff, Gutachten a. a. O. S. 62, Verh. d. 19. deutsch. Jur.-Tages, Bd. III, S. 172. Dieckerhoff, Tierarzn. S. 47 ff. Sachsenhausen a. a. O. S. 31 ff.

2) So Völderndorff, Gutachten a. a. O. S. 62, vgl. code civil art. 1648.

In England[1]), Nordamerika[2]) und Russland[1]) dagegen bestehen keine besonderen Währschaftsgesetze; es gilt vielmehr in diesen Ländern noch heute der alte Grundsatz: „caveat emptor", der Käufer sehe sich das Tier vorher gründlich an, ehe er es kauft, „Augen auf, Kauf ist Kauf". Der Verkäufer haftet nach diesen Rechten auch heute noch gesetzlich nur für Arglist (dolus) und besondere Zusagen (dicta et promissa) wie im ältesten deutschen und römischen Rechte. Darum pflegt sich der Käufer immer noch durch besondere vertragliche Abreden zu sichern.

Wir wir sehen, hat das deutsche System in Europa einen Eroberungszug gemacht, und wir werden m. E. nicht fehlgehen, wenn wir annehmen, dass dasselbe nach seiner Aufnahme im BGB. trotz der fortschreitenden Entwicklung der Tierarzneikunde, ja gerade mit deren Fortentwicklung zur Sicherheit des Verkehres immer mehr beitragen wird.

II B. I.

Nachdem wir einen Überblick über die geschichtliche Entwicklung der Währschaftsbestimmungen bei Viehkäufen gegeben haben, wenden wir uns nun der dogmatischen Darstellung der heute geltenden Vorschriften über die Haftung des Verkäufers für Viehmängel zu, wie sie durch das bürgerliche Gesetzbuch für das gesamte Deutsche Reich einheitlich gegeben sind.

Die besonderen Bestimmungen des BGB. über Viehgewährschaft erscheinen nur als Spezialbestimmungen gegenüber den allgemeinen Vorschriften über Mängelhaftung[3]). Soweit sich demnach ein Kaufgeschäft nicht auf die im Gesetze besonders genannten Tiergattungen bezieht, also z. B. auf Hunde, Ziegen, Geflügel, Wild usw., an-

---

1) vgl. Heise u. Copp a. a. O. S. 170. Ferner Dieckerhoff, gerichtl. Tierarzneik. S. 61 f. Sachsenhausen a. a. O. S. 31, Anm. 2.

2) vgl. Dieckerhoff, ger. Tierarzneik. S. 26.

3) vgl. Crome a. a. O. S. 477 I.

dererseits die besonderen Bestimmungen über gewisse Tiergattungen nichts anderes vorschreiben, finden hinsichtlich der Haftung des Verkäufers für Mängel der verkauften Sache die allgemeinen Vorschriften über Gewährleistung wegen Mängel der Sache Anwendung, § 481 [1]). Danach haftet der Verkäufer eines Tieres für alle erheblichen Fehler, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern, § 459 Abs. 1, sofern diese Fehler weiter heimliche sind, d. h. der Verkäufer hat sie nicht zu vertreten, wenn der Käufer sie beim Kaufabschluss kennt, § 460 Abs. 1, oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kennt, § 460 Abs. 2. Für etwaige zugesicherte Eigenschaften haftet er ohne Rücksicht auf die Erheblichkeit des Mangels § 459 Abs. 2, und ohne Rücksicht darauf, ob der Mangel dem Käufer infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist § 460 Satz 2 [2]). Hat der Verkäufer einen Mangel arglistig verschwiegen, so gilt dasselbe wie beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft [3]). Die dem Käufer so entstandenen Ansprüche kann er geltend machen durch eine Klage auf Wandelung oder Minderung, zwischen beiden hat er die Wahl § 462. Hat der Verkäufer eine besondere Eigenschaft zugesichert und fehlt diese, oder hat er arglistig einen Fehler verschwiegen, so kann der Käufer statt der Wandlung oder Minderung Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen. § 463 [4]). Handelt es sich bei einem Kaufgeschäft nur

1) vgl. Planck, Bem. 1 zu § 481.

2) M. E. haftet der Verkäufer bei zugesicherten Eigenschaften nicht, wenn der Käufer den Mangel kennt. So auch Endemann a. a. O. I. § 161, Anm. 7. Planck § 460, 2a. b. Dernburg BGB. § 184, VI. 2. Kuhlenbeck Komm. § 460 Anm. 1. Ebenso Lehmann u. Ring § 377. A. M. Schollmeyer a. a. O. S. 14. Scherer Komm. § 460 I.

3) vgl. Endemann a. a. O. § 161. Dernburg, BGB. § 184. Crome a. a. O. § 221. Cosack a. a. O. § 127. Lehmann u. Ring a. a. O. § 377 Vorbem.

4) vgl. Dernburg BGB. § 185. Crome a. a. O. § 222. Cosack § 128. Endemann § 162. Kuhlenbeck, Pand. § 39 I—IV.

um ein der Gattung nach bestimmtes Tier, so kann er statt der Wandlung oder Minderung Lieferung eines mangelfreien Tieres verlangen, § 480; liegen hierbei die Voraussetzungen für den Schadenersatzanspruch vor, so steht dem Käufer ein vierfaches Wahlrecht zu; er kann wählen zwischen der Klage auf Schadenersatz, Wandlung oder Minderung oder Lieferung eines fehlerfreien Tieres. Eine Vereinbarung, durch die bei arglistigem Verschweigen des Verkäufers diesem die Haftung erlassen oder beschränkt wird, ist nichtig, § 476[1]).

Hervorzuheben wäre noch aus dem Handelsrecht, dass bei beiderseitigen Handelsgeschäften dem Käufer diese Ansprüche wegen Mängel der Ware nur zustehen, falls nicht die Ware auf Grund des § 377 H.G. als genehmigt gilt[2]). Sie gilt hiernach als genehmigt, wenn der Käufer dem Verkäufer unverzüglich, nachdem er die Ware untersucht und einen Mangel entdeckt hat, von dem Fehler Anzeige zu machen unterlassen hat.

Die Folgen der unterlassenen Untersuchung und Anzeige fallen fort, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat[3]).

B. II. a

Diese allgemeinen Bestimmungen über Mängelhaftung erleiden jedoch in den §§ 481—492 BGB. mannigfache Einschränkungen und Abweichungen für den Viehkauf. Hinsichtlich bestimmter Tiergattungen ist die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Waren auf gesetzlich festgelegte Fehler, die sogenannten Hauptmängel, und für besonders aufgeführte Gewährfristen eingeschränkt. Die Bestimmungen der Hauptmängel sowie der Gewährfristen ist

---

1) Ebenso wie in Rom das pactum ne dolus praestetur nichtig war, D. 50, 17, 23.

2) vgl. Lehmann u. Ring a. a. O. S. 149 f. Staub, Komm. § 377 S. 1358, Anm. 44.

3) vgl. darüber Cosack, L. d. H. R., S. 189 ff. Lehmann u. Ring a. a. O. § 377. Staub, Komm. § 377 S. 1356 Anm. 31.

durch Kaiserliche Verordnung mit Zustimmung des Bundesrates erfolgt, §§ 481, 482. Diese besondere Form ist gewählt um gegebenenfalls der immer vollkommener sich gestaltenden Tierarzneikunde entsprechend eine leichtere Abänderung dieser Vorschriften zu ermöglichen, ohne in jedem Falle den langwierigen Weg der Gesetzgebung durch Bundesrat und Reichstag einschlagen zu müssen.

Die Sonderbestimmungen greifen nicht bei allen Tiergattungen, sondern nur bei den in § 481 vorgesehenen Tieren Platz; danach nur bei Pferden, Eseln, Mauleseln, und Maultieren, Rindvieh, Schafen und Schweinen. Die Kaiserliche Verordnung, die unter dem 27. März 1899 ergangen ist, macht einen Unterschied zwischen Nutz- und Zuchttieren einerseits und Schlachttieren andererseits, und bestimmt die Hauptmängel hierfür verschieden[1]). Die Haftung des Verkäufers beschränkt sich bei diesen Tierarten auf die in der Kaiserlichen Verordnung vorgesehenen Hauptmängel; hinsichtlich anderer Mängel soll die Gewährleistung nicht gänzlich ausgeschlossen werden; daher bleibt ein vertragliches Übereinkommen zwischen den Parteien gewahrt, nur die gesetzliche Haftung soll auf die Hauptmängel beschränkt werden[2]).

Wenngleich in den §§ 481—492 nur von dem Verkaufe dieser Tiere die Rede ist, so finden diese Vorschriften nach § 493 auch auf jedwede andere Verträge[3]), die auf Veräusserung oder Belastung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind, entsprechende Anwendung[4]); so namentlich auf die Hingabe an Erfüllungsstatt, auf den Vergleich, die Verpfändung gegen Entgelt, die gemeinschaftliche Teilung, besonders bei Erbteilungen und auf

1) vgl. Tielker a. a. O. S. 15 f.

2) vgl. Stölzle § 482, Bemerkung zu I. Tielker a. a. O. S. 14 II[1].

3) Miet- und Leihverträge fallen nicht hierunter, denn es handelt sich dabei weder um eine Veräusserung noch Belastung einer Sache.

4) vgl. Hachenburg a. a. O. S. 32 ff. Stölzle, Bemerkung zu § 493. Meisner Viehgew. Bemerkung zu § 493. Reuter u. Sauer, Bemerkung zu § 493.

unzählige andere Verträge, bei denen Leistung und Gegenleistung sich gegenüberstehen. Ausgeschlossen dagegen sind sie namentlich bei Schenkungen, Vermächtnissen und Ausstattungen.

Eine weitere Voraussetzung ihrer Anwendung liegt darin, dass diese Verträge nach dem Inkrafttreten des BGB. abgeschlossen sein müssen; denn für vor demselben abgemachte Verträge bleiben die bisherigen Gesetze massgebend, EG. Art. 170.

Auch muss sich das Geschäft auf lebende Tiere beziehen. Es ist dies zwar nirgends im BGB. besonders vorgeschrieben, aber es ergibt sich doch aus der Abfassung und dem Inhalt der ganzen Bestimmungen, dass der Gesetzgeber nur den Verkauf[1]) lebender Tiere im Auge gehabt hat[2]).

Dass die allgemeinen Vorschriften über Verträge auch hier auf den Kaufvertrag Anwendung finden, ist selbstverständlich, besonders was die Form anbelangt, die Geschäftsfähigkeit der Kontrahenten, und die Anfechtungsmöglichkeiten wegen Irrtums, Betrugs oder Zwanges[3]).

Nach § 459 Satz 1 in Verbindung mit § 482 haftet der Verkäufer dafür, dass das verkaufte Tier nicht zur Zeit des Gefahrüberganges mit einem Hauptmangel behaftet ist[4]). Es kommt hier nicht auf die Zeit des Vertragsschlusses an, sondern auf den Gefahrübergang. War also das Tier zur Zeit des Kaufabschlusses fehlerfrei, dagegen beim Gefahrübergang krank, so ist der Verkäufer gewährleistungspflichtig; umgekehrt fällt seine Verpflichtung

---

1) Dem BGB. entsprechend, werden auch wir hier der Einfachheit halber nur den Kaufvertrag in den Erörterungen zu Grunde legen.

2) Ebenso Stölzle § 481, Anm. 3. Motive S. 249, wo es heisst, dass der Viehkauf es mit lebenden Organismen zu tun hat. Reuter u. Sauer a. a. O. S. 100.

3) Ebenso Reuter u. Sauer a. a. O. S. 100. Meisner, Viehgew. S. 9 u. 10. Rein a. a. O. S. 10.

4) vgl. Planck § 482 Ia. Hirsch u. Nagel a.a.O. S. 16 ff. Oertmann, Komm. § 480, 2b.]

fort, wenn das Tier zwar zur Zeit des Vertragsschlusses fehlerhaft, dagegen beim Gefahrübergang fehlerfrei war [1]).

B. II b.

Nur solche Hauptmängel kommen für die gesetzliche Haftung des Verkäufers in Betracht, die sich innerhalb der Gewährfrist gezeigt haben, § 482 [2]). Ein Fehler oder eine Krankheit, die nach Ablauf der Gewährfrist hervortritt, begründet keine Haftung des Verkäufers mehr, und der Beweis, dass ein Fehler trotzdem schon zur Zeit des Gefahrüberganges vorhanden gewesen sei, ist im Interesse der Verkehrssicherheit ausgeschlossen [3]). Und mit Recht führen die Motive S. 253 aus: „Zwar ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, das ein nach Ablauf der Frist erst offenbar gewordener Fehler ausnahmsweise schon zur entscheidenden Zeit vorhanden gewesen ist, was einzelne Gesetze veranlasst hat, dem Erwerber bei dem Hervortreten eines Gewährmangels nach Ablauf der Gewährfrist noch den Beweis des Vorhandenseins zur entscheidenden Zeit nachzulassen. Allein dagegen streitet die Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehres und den in dessen Interesse zu erzielenden Rechtsfrieden, und es rechtfertigen diese schwerwiegenden Interessen umsomehr den fraglichen Beweis abzuschneiden, als er höchst selten zu erbringen sein wird, und das Offenlassen desselben daher nur zu aussichtslosen und chikanösen Prozessen den Weg eröffnen würde."

Der Fehler muss sich innerhalb der Gewährfrist zeigen, das heisst, er muss in irgend einer Weise zu erkennen sein [4]); so gehört denn auch zur Klagebegründung die Behauptung des Käufers, dass der Mangel sich inner-

---

1) Über den Gefahrübergang s. S. 49 ff., vgl. Dernburg, BGB. S. 52 IV. Cosack § 127 IV.

2) vgl. Eck a. a. O. S. 460. Staudinger i. Seufferts Bl. f. R. S. 42. 4.

3) Planck § 482 1b. Stölzle § 482 I.

4) vgl. Hirsch u. Nagel a. a. O. S. 22, No. 5.

halb der bestimmten Frist gezeigt hat[1]). Dass dagegen ein Hauptfehler den Wert oder die Tauglichkeit des Tieres zu dem gewöhnlichen Gebrauche aufhebt oder mindert, bedarf keines Beweises, wie andererseits auch der Gegenbeweis ausgeschlossen ist[2]) (Motive S. 253).

Die Haftung erstreckt sich auch nach Gesetz auf zugesicherte Eigenschaften, § 459, Abs. 2; die Zusicherung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen[3]); ferner sich auf bestimmte Eigenschaften beziehen oder allgemein gehalten sein[4]), im letzteren Falle sind hinsichtlich der Tragweite derselben immer die besonderen Umstände und der mutmassliche Wille der Parteien in Betracht zu ziehen[5]) unter Zugrundelegung des § 459 Abs. 1. Inwieweit die Vorschriften über die Haftung wegen Hauptmängel auch auf die Gewährleistungspflicht wegen Fehlens von zugesicherten Eigenschaften Anwendung finden, ist weiter unten bei der Besprechung des § 492 zu erörtern.

B. II c.

Die Haftung des Verkäufers ist in gewissen Fällen gesetzlich ausgeschlossen, so namentlich wenn der Käufer den Fehler beim Abschlusse des Kaufes kannte, § 460, Abs. 1. Behält sich derselbe jedoch bei der Empfangnahme des Tieres seine Rechte wegen des ihm bekannten Mangels vor, so wird der Verkäufer nicht befreit, § 464[6]). War dem Käufer der Fehler infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so erlischt die Haftung des Verkäufers ebenfalls, es sei denn, dass dieser die Abwesenheit des Fehlers besonders zugesichert oder arglistig ver-

---

1) vgl. Planck § 482 1b, Satz 2. Rein a. a. O. S. 13.
2) vgl. Stölzle § 482 I. Hachenburg a. a. O. S. 75.
3) vgl. Dernburg, BGB. S. 51. III.
4) vgl. Crome a. a. O. S. 457 b.
5) vgl. dazu die Denkschrift S. 68. Komm. Ber. S. 69. Planck § 459 IIa. Reuter u. Sauer a. a. O. S. 106, nennt diese Fehler relative Mängel, im Gegensatz zu den absoluten, den Hauptmängeln.
6) vgl. Tielker a. a. O. S. 20.

schwiegen hat[1]), § 460 Abs. 2. Es kommt hier nicht wie in § 459 auf den Zeitpunkt des Gefahrüberganges an, sondern auf den des Kaufabschlusses[2]). Grobe Fahrlässigkeit wird hier verlangt, es genügt nicht jede Fahrlässigkeit; was das Gesetz unter grober Fahrlässigkeit versteht, geht aus den §§ 276 und 277 hervor. Danach liegt dieselbe dann vor, wenn jemand die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders auffallender Weise ausser acht lässt[3]).

Das arglistige Verschweigen eines Fehlers wird immer besonders berücksichtigt und die Haftung des Verkäufers dadurch verschärft[4]. Zu dem arglistigen Verschweigen gehört mehr als blosse Kenntnis und Nichtanzeige des Mangels; es muss die Absicht bestehen, dem Käufer einen Mangel geheim zu halten in dem Bewusstsein, dass demselben der Fehler unbekannt geblieben ist[5]). Demnach schliesst die Annahme auf Seiten des Verkäufers, dass der Käufer den Mangel gekannt und stillschweigend gebilligt habe, die Arglist aus[6]). Was die Beweislast angeht, so ist es Sache des Verkäufers zu beweisen, dass der Käufer zur Zeit des Kaufabschlusses den Fehler kannte oder bei einiger Sorgfalt hätte kennen müssen[7]). Will sich der Käufer dann auf das arglistige Verhalten des Verkäufers berufen, so hat er dafür den Beweis zu erbringen[8]).

Stellt sich heraus, dass der Verkäufer einen Fehler

1) vgl. Crome, S. 450 a. Eck a. a. O. S. 446b. Meisner Komm. § 460 2. A. M. Schollmeyer a. a. O. S. 14. Scherer Komm. § 460, I.

2) vgl. Staudinger Komm. § 463, Anm. 4.

3) vgl. Stölzle § 482, Bem. 2. Meisner, Viehgew. S. 41.

4) vgl. Dernburg BGB. S. 56 II. Crome a. a. O. S. 444b.

5) vgl. Planck, Bem. zu § 443. Meisner Viehgew. S. 86. Reuter u. Sauer a. a. O. S. 104. Cosack § 127, 3c.

6) vgl. Stölzle a. a. O. S. 9.

7) vgl. Dernburg, BGB. S. 53, VI. 4.

8) vgl. Planck § 460, 1. Kuhlenbeck, Komm. § 460, Anm. Dernburg, BGB. S. 77. Staudinger, Komm. S. 205, 4. Meisner, Komm. § 463, 3.

arglistig verschwiegen hat, so kann der Käufer statt der Wandelung Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, § 463. Aus dem Wortlaut „statt der Wandelung“ geht hervor, dass die Voraussetzungen für die Wandelung gegeben sein müssen. Es kann sich demnach nur um einen Hauptmangel der in der Kaiserlichen Verordnung bezeichneten Art handeln[1]). Kommt dagegen ein nicht zu den Hauptmängeln gehöriger Fehler in Frage und ist dieser vom Verkäufer arglistig verschwiegen, so greift die Gewährleistungsklage nicht Platz; der Käufer könnte nur nach allgemeinen Grundsätzen entweder das Kaufgeschäft wegen arglistiger Täuschung anfechten, § 123, wozu die Voraussetzungen in einem solchen Falle meist gegeben sein werden[2]), oder auch auf Grund der unerlaubten Handlung Schadenersatz verlangen §§ 823, 826[3]). Doch brauchen bei arglistigem Verschweigen eines Fehlers nicht immer die besonderen Voraussetzungen dieser Klagen gegeben zu sein, und in diesem Falle würde der Käufer keinen Regress gegen den Verkäufer nehmen können. Das gleiche trifft übrigens bei einem Hauptmangel dann zu, wenn der Käufer denselben gekannt hat. Die Gewährleistungsklage steht ihm auch dann im Falle arglistigen Verschweigens nicht zu; die Klagen aus § 123 oder 823 ff. bleiben ihm unbenommen[4]).

Hatte der Verkäufer einen Hauptmangel arglistig verschwiegen oder ist ein Hauptmangel, dessen Nichtvorhandensein der Verkäufer zugesichert hatte, zur Zeit des Kaufabschlusses doch vorhanden, so ist der Käufer berechtigt, Schadenersatz zu verlangen, §§ 463, 490, und es gebührt ihm nach § 252 das volle Interesse, das er an dem abgeschlossenen Handel hatte[5]).

1) vgl. Kuhlenbeck, Komm. § 463, Anm. 2.

2) vgl. Scherer, Komm. § 463 I. Staudinger, Komm. S. 232, 5.

3) vgl. Crome a. a. O. S. 477 b. Oertmann, Komm. § 482, 2. A. M. Cosack § 129, 1.

4) vgl. Planck § 463, 3. Reuter u. Sauer a. a. O. S. 138 ff. Dernburg, BGB. S. 77. Anm. 4.

5) vgl. Staudinger, Komm. § 463, Anm. 7. Motive S. 229. Crome a. a. O. S. 447 b.

Grundsätzlich soll der Schadenersatzpflichtige den Zustand herstellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, § 249[1]). Das hiesse also hier, den Hauptmangel beseitigen; da dies jedoch in den meisten Fällen dem Verkäufer unmöglich sein wird, so hat er eine Entschädigung in Geld zu zahlen, § 251. Die Geldentschädigung hat sowohl den positiven Schaden — damnum emergens — wie den entgangenen Gewinn — lucrum cessans — zu umfassen, § 252. Der postive Schaden des Käufers kann bestehen in dem Minderwert des Tieres infolge des Fehlers, sowie in den Aufwendungen, die er einerseits auf das Tier zur Beseitigung des Mangels, andererseits zur Beschaffung von Ersatz für das unbrauchbare Tier hat machen müssen. Es kann aber auch mittelbarer Schaden in Betracht kommen[2]). Hierunter versteht man den Nachteil, den der Käufer wegen der Fehlerhaftigkeit des Tieres infolge besonderer Umstände erlitten hat, so z. B. wenn durch ein gekauftes rotzkrankes Pferd andere angesteckt sind. Und schliesslich begreift der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn in sich, § 252[3]). Als entgangen gilt ein Vermögensvorteil, den der Käufer hätte erlangen können, aber bei der Fehlerhaftigkeit des Tieres und infolge derselben[4]) nicht erlangt hat. Dieser entgangene Verdienst muss ihm ersetzt werden, oder wie Völderndorff sagt[5]): „Die volle Differenz zwischen dem Betrage des gegenwärtigen Vermögens des Beschädigten und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft des Erwerbes des fehlerhaften Tieres haben würde.“

---

1) vgl. Planck § 249, 2c. Staudinger, Komm. § 249, Anm. 3a.

2) vgl. Planck § 249, 2a. Völderndorff a. a. O. S. 63 ff. Staudinger, Komm. § 249, 2.

3) vgl. Staudinger, Komm. 452, 2. Kuhlenbeck, Pand. S. 129 ff.

4) Kausalzusammenhang, vergl. Scherer, Komm. § 452, 1. Meisner, Komm. § 452, 2.

5) Völderndorff a. a. O. S. 63, vgl. auch Plank § 252 I. Meisner, Viehgew. S. 54. Rein a. a. O. S. 17.

Die Haftung des Verkäufers für arglistiges Verhalten ist auch dann nicht ausgeschlossen, wenn die Parteien vertraglich die Gewährleistungspflicht erlassen oder beschränkt haben, § 476. Also auch im Falle der Vereinbarung völliger Gewährfreiheit bleibt der Verkäufer doch immer für die Hauptmängel haftbar, wenn er einen solchen arglistig verschwiegen hat[1]).

Ausgeschlossen wird die Gewährleistungspflicht ferner dann, wenn das Tier auf Grund eines Pfandrechtes in öffentlicher Versteigerung unter der Bezeichnung als Pfand verkauft wird, § 461. Diese drei Vorraussetzungen müssen erfüllt sein, um den Verkäufer von der Haftung zu befreien. Wird eine andere Verkaufsart als die öffentliche Versteigerung (§ 383 Abs. 3) gewählt, wie z. B. der Verkauf aus freier Hand, dann ändert sich an der Gewährleistungspflicht des Veräusserers nichts[2]). Dass der Veräusserer im Falle des § 461 auch von der Haftung für zugesicherte Eigenschaften befreit werden soll, halte ich nicht für richtig. Zwar muss man diese Folgerung ziehen, will man sich streng an den Wortlaut des Gesetzbuches halten, das unter „Mangel der verkauften Sache“ auch das Fehlen von zugesicherten Eigenschaften versteht (so schon § 460)[3]), aber es widerstreitet dem Rechtsgefühl, dass jemand, der besondere Zusicherungen macht, nicht auch sollte daran gebunden sein oder dafür aufkommen müssen. So halte ich denn den § 461 auf diese Fälle nicht anwendbar[4]).

Ebenfalls gehören hierhin die §§ 806, 814, 815 CPO, wonach die Haftung des Veräusserers wegfällt, wenn das gepfändete Tier im Wege der Zwangsvollstreckung auf Grund der Pfändung versteigert wird. In diesem Falle

1) Dernburg, BGB. S. 55.

2) Dernburg, BGB. S. 54, Anm. 16.

3) vgl. Crome a. a. O. S. 453, Anm. 75. Eck a. a. O. S. 446 b. Staudinger, Komm. § 460 a. A. M. Schollmeyer a. a. O. S. 14. Scherer, Komm. § 460 I.

4) Ebenso Planck § 461, 1c. Eck a. a. O. S. 447. Dernburg, BGB. S. 54, 3. Stölzle a. a. O. S. 9. Staudinger Komm. § 461, 1. A. M. Meisner, Viehgew. S. 42.

kommt es auf eine öffentliche Versteigerung (814 GPO.) nicht an; nach § 825 CPO. kann das Gericht auf Antrag einer Partei auch eine andere Verwertung der gepfändeten Sache anordnen; also würde auch bei einem Verkaufe aus freier Hand die Gewährleistungspflicht des Verkäufers wegfallen[1]).

Als letzter Fall kommt noch der § 489 in Betracht, wenn das Tier bei einem Streite über den Gewährleistungsanspruch auf Anordnung des Richters öffentlich versteigert wird. Man wird wohl sagen müssen, dass § 461 analog anzuwenden ist, obwohl dort ja nur von einer Versteigerung auf Grund eines Pfandrechtes und unter der Bezeichnung als Pfand die Rede ist, was ja hier nicht zutrifft. Wollte man das nicht, so entstände die schwierige Frage, wer soll denn für einen Mangel haftbar gemacht werden. Die streitenden Parteien wirken gar nicht bei der Versteigerung mit; der Richter handelt nur kraft seines Amtes, und die mit der Vornahme der Versteigerung betrauten Personen nur als Beauftragte des Richters. Demnach ist m. E. hier für einen Gewährleistungsanspruch kein Platz[2]).

Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel des Tieres erlischt weiter dann, wenn der Käufer den Mangel kennt und das Tier vorbehaltlos angenommen hat[3]). Es kommt hier nur wirkliche Kenntnis auf Seiten des Käufers in Betracht. Das Kennenmüssen steht dem Kennen nicht gleich, § 464[4]). Dies gilt in gleicher Weise sowohl für die Gewährleistungspflicht wegen eines Hauptmangels, wie auch für zugesicherte Eigenschaften[5]).

1) vgl. Stölzle a. a. O. S. 10. Planck § 461, 2.

2) So auch Meisner, Viehgew. S. 43. Stölzle a. a. O. S. 11. Völderndorff a. a. O. S. 48 u. 49.

3) vgl. Motive, S. 229 ff. Kuhlenbeck, Pand. S. 258. Eck a. a. O. S. 448 b. Lehmann u. Ring a. a. O: S. 377 Vorbem.

4) vgl. Scherer, Komm. § 464, 2. Cosack § 127 8a. Crome a. a. O. S. 450 b.

5) vgl. Planck § 464, 1 u. 2. Stölzle a. a. O. S. 11. Bem. 6. Reuter u. Sauer S. 105 f.

Dafür dass der Käufer den Fehler gekannt hat trifft den Verkäufer die Beweislast; dass der Vorbehalt rechtswirksam gemacht ist, den Käufer[1]). An sich ist der Gewährleistungsanspruch schon in dem Augenblick begründet, wo die Gefahr auf den Käufer übergeht und der Fehler dann vorhanden ist. Hat der Käufer den Fehler jedoch bei der Annahme des Tieres gekannt und keinen Vorbehalt wegen seiner Ansprüche gemacht, so kann darin nur ein Verzicht auf die Geltendmachung des Mangels erblickt werden[2]).

Da die Vorschriften über Mängelhaftung nur dispositiver Natur sind, so kann die Haftung des Verkäufers auch vertraglich eingeschränkt oder ganz ausgeschlossen werden[3]). Eine solche Parteiabrede kann ausdrücklich oder stillschweigend[4]), vor oder nach dem Kaufabschluss erfolgen[5]); nur ist, wie das schon oben betont ist, die Haftung dann nicht erlassen, wenn der Verkäufer einen Mangel arglistig verschwiegen hat, § 476[6]).

Fassen wir die gesetzliche Verpflichtung des Verkäufers, für einen Mangel Gewähr zu leisten, noch einmal kurz zusammen, so tritt dieselbe demnach dann ein, wenn sich ein in der Kaiserlichen Verordnung aufgeführter Hauptmangel innerhalb der dort bestimmten Frist zeigt,

---

1) vgl. Meisner, Viehgew. S. 56, 2 und 58c. Dernburg, BGB. S. 53, 4, Staudinger, Komm. § 464, 4. Scherer, Komm. § 464, 4. Oertmann, Komm. § 464, 5.

2) vgl. Motive S. 229. Endemann a. a. O. S. 723c Meisner, Komm. § 464. Schollmeyer a. a. O. S. 15. Hirsch u. Nagel a. a. O. S. 24, 12. Cosack § 127, 8a.

3) vgl. Reuter u. Sauer a. a. O. S. 105. Dernburg, BGB. S. 54 VIII. Staudinger, Komm. § 482, II. Schollmeyer a. a. O. S. 19. Cosack § 128 II. Crome a. a. O. S. 453, VIII.

4) vgl. Kuhlenbeck, Komm. § 476. Dernburg, BGB. S. 55 VIII.

5) vgl. Motive S. 238. Stölzle a. a. O. S. 12 b.

6) Motive S. 288. Planck § 476, 1. Hirsch u. Nagel a. a. O. S. 25 No. 14. Rein a. a. O. S. 18. Völderndorff a. a. O. S. 81. Dernburg, GBG. S. 55, VIII. Eck S. 455. Siméon a. a. O. S. 371 b.

oder wenn solche Eigenschaften fehlen, die der Verkäufer als vorhanden zugesichert hat, oder der Verkäufer sich hat zusichern lassen; ferner wenn die Mängel nicht so offensichtlich sind, dass sie der Käufer bei einiger Sorgfalt hätte entdecken müssen, es sei denn, dass der Verkäufer dieselben arglistig verschwiegen hat.

B. II d.

Da die Gewährleistungspflicht des Verkäufers sich auf den Zustand des Gefahrüberganges bezieht, so ist es erklärlich, wenn § 483 bestimmt, dass die in der kaiserlichen Verordnung festgesetzte Gewährfrist mit dem Ablauf des Tages beginnt, an dem die Gefahr auf den Käufer übergeht. Die in der Verordnung vorgesehenen Fristen können durch Parteiabrede abgeändert werden, und die vereinbarte Frist tritt dann an die Stelle der gesetzlichen, § 486[1]).

Dieser Vertrag unterliegt den allgemeinen Grundsätzen, wonach er formlos abgeschlossen werden kann, wonach er wegen Verstosses gegen die guten Sitten nichtig wird, § 138, und beim Zustandekommen wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung anfechtbar ist, § 123[1]).

Hier wie dort beginnt die Gewährfrist mit dem Ablauf des Tages, mit dem die Gefahr auf den Käufer übergeht. Wann der Gefahrübergang vor sich geht, bestimmt § 446 Abs. 1: Die Gefahr, das ist die Haftung für zufälligen Untergang oder zufällige Verschlechterung des Tieres, geht mit der Übergabe des verkauften Tieres auf den Käufer über[2]). Im Gegensatz zum römischen und gemeinen Rechte sowie zum code civil, die den Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch für den Gefahrübergang entscheidend sein lassen, lässt das BGB. in Übereinstimmung mit dem alten deutschen Rechte und dem ALR. die Übergabe der

1) vgl. Crome a. a. O. S. 483, 8.
2) vgl. Oertmann a. a. O. § 446, 1.

verkauften Sache für die Gefahrtragung massgebend sein[1]).

Im allgemeinen ist der Tag der Übergabe des Tieres für den Übergang der Gefahr und damit für den Beginn der Gewährfrist entscheidend. Dieser Tag wird bei der Berechnung der Gewährfrist nicht mitgerechnet, § 483 und 187 Abs. 1[2]), entsprechend der alten deutschen Berechnungsweise, bei welcher der erste Tag nicht mitgerechnet wurde — die alten Germanen rechneten nach Nächten —, aber im Gegensatz zu den Römern, die den ersten Tag mitrechneten[3]). Auch wird bei der Berechnung der Frist nur nach vollen Tagen gezählt, sogenannte Civilkomputation und nicht a momento ad momentum, sogenannte Naturalkomputation[4]). Eine Unterbrechung oder Hemmung der Gewährfrist findet nicht statt[5]). Das Ende der Frist bestimmt sich nach § 188: Eine nach Tagen bestimmte Frist endigt mit dem Ablaufe des letzten Tages der Frist. Weder für den Beginn noch das Ende der Frist ist es von Belang, ob der erste oder der letzte Tag ein Sonntag oder staatlich anerkannter Feiertag ist[6]); denn § 193 findet hier keine Anwendung, da mit der Nichtabgabe der Willenserklärung an dem letzten Tage oder innerhalb der Frist ein Rechtsverlust nicht geknüpft ist, dieser tritt nur dann ein, wenn nicht innerhalb zweier Tage nach dem Ablauf der Gewährfrist oder des Todes des Tieres eine Anzeige wegen Fehler desselben gemacht wird, § 485. Fällt hierbei der zweite Tag auf einen

---

1) vgl. Endemann a. a. O. S. 703, 4 u. Anm. 22. Dernburg, BGB. S. 24, § 174. Kuhlenbeck, Pand. S. 87. Staudinger, Komm. § 446, 1. Crome S. 415 Anm. 5. Meisner, Komm. § 446, 1.

2) vgl. Oertmann, Komm. § 483.

3) vgl. Kuhlenbeck, Komm. § 187 Anm. 1. Meisner, Komm. § 193, 3.

4) vgl. Matthiass a. a. O. S. 452, I. 6. Endemann S. 252, 1 u. Anm. 5. Tielker a. a. O. S. 23.

5) vgl. Scherer, Komm. § 483 2.

6) vgl. Scherer, Komm. § 483.

Sonntag oder Feiertag, so träte an deren Stelle der nächste Werktag § 193 [1]).

B. II c.

Die Gewährfrist dient dazu, die Haftung des Verkäufers auf gewisse Zeit zu beschränken; daher bleibt er nur für die innerhalb derselben sich zeigenden Hauptmängel gewährleistungspflichtig, nicht für die hinterher hervortretenden [2]). Zeigt sich ein Mangel innerhalb der Gewährfrist, so müsste an und für sich der Käufer den Beweis bringen, dass derselbe schon an dem Tage vorhanden gewesen war, wo die Gefahr auf ihn überging, wie dies im römischen Rechte und gemeinen Rechte der Fall war. Hier greift jedoch gerade das deutschrechtliche Prinzip ein und stellt eine Vermutung zu Gunsten des Käufers dahingehend auf, dass der Fehler schon zu der Zeit vorhanden gewesen sei, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergegangen ist, § 484 [3]). Das Gesetz erlässt dem Käufer also den schwierigen und für ihn oft unerbringlichen Beweis; sodass er jetzt nur noch zu beweisen braucht, dass ein Hauptmangel vorhanden und sich innerhalb der Gewährfrist gezeigt hat. Die Vermutung greift auch Platz, wenn sich der Fehler vor Beginn der Gefahr gezeigt hat, also an dem Tage, an dem die Gewährfrist überging, aber nach diesem Moment [4]). Die Vermutung trifft auch zu, wenn durch Vertrag eine andere Gewährfrist vereinbart ist, § 492.

Besteht für irgend eine Tatsache eine Vermutung, so ist nach § 292 CPO. der Beweis des Gegenteils zulässig, sofern nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. Da entgegenstehende Vorschriften nicht gegeben sind,

---

1) vgl. Tielker a. a. O. S. 37 ff.

2) vgl. Bl. f. Rechtsanw. S. 42, 4. Siméon a. a. O. S. 379 a.

3) vgl. Bl. f. Rechtsanw. S. 42, 5. Kuhlenbeck, Pand. S. 266. Staudinger, Komm. § 484.

4) vgl. Planck, Bem. zu § 484. Meisner, Viehgew. S. 27. Staudinger, Komm. § 484.

kann der Verkäufer seinerseits den Beweis erbringen, dass der Fehler nicht im Augenblick des Gefahrüberganges vorhanden war, sondern erst hinterher entstanden ist[1]; ein Beweis, der wohl in den seltensten Fällen gelingt[2].

B. II f.

Zur Verwirklichung der dem Käufer wegen eines Hauptmangels zustehenden Rechte gehört weiter noch, dass der Käufer den Fehler dem Verkäufer angezeigt hat, und zwar spätestens zwei Tage nach dem Ablauf der Gewährfrist oder, wenn das Tier vorher gestorben ist, zwei Tage nach dem Tode. Bei arglistigem Verschweigen des Fehlers von seiten des Verkäufers bedarf es dieser Anzeige des Käufers nicht zur Wahrung seiner Ansprüche, § 485[3]. Diese Anzeigefrist beginnt mit dem Anfange des Tages, der dem letzten Tage der Gewährfrist oder dem Todestage folgt, und endet mit dem Ablauf des zweiten Tages[4]. Ist dieser zweite Tag jedoch ein Sonntag oder staatlich anerkannter Feiertag, so tritt an seine Stelle der nächste Werktag, § 193. Diese Bestimmung trifft m. E. auch hier zu, denn die Zeit, von der ab der Käufer den Fehler entdeckt hat, bis zum Ablaufe des zweiten Tages nach der Gewährfrist, ist eine wirkliche Frist im Sinne des § 193; innerhalb dieser Frist muss der Käufer seine Anzeige machen, also eine Willenserklärung abgeben bei Vermeidung des Verlustes seiner sämtlichen Ansprüche[5]. Nicht, wie der Entwurf I bestimmte, geht dem Käufer nur die zu seinen Gunsten aufgestellte Vermutung über die Entstehung des Fehlers verloren, sondern alle ihm aus dem Mangel zustehenden

1) vgl. Staudinger, Komm. § 484. Siméon a. a. O. S. 379. Meisner, Komm. § 485, 1. Eck a. a. O. S. 460.

2) vgl. Dernburg BGB. S. 77, IV.

3) vgl. Bl. f. Rechtsanw. a. a O. S. 43 V, 3. Crome S. 480, 3b. Meisner, Komm. § 485, 4. Dernburg, BGB. S. 78, V. Planck § 485, 2.

4) vgl. Planck § 485 c.

5) So auch Stölzle § 483, 3b. Scherer, Komm. § 485, 8. A. M. Meisner, Viehgew. a. a. O. S. 33, 3.

Rechte[1]); so heisst es in den Protokollen, S. 1480: „Der Hauptzweck des deutschrechtlichen Systems, die Vermeidung unsicherer Prozesse werde wieder in Frage gestellt, wenn man mit dem Ablaufe der Anzeige nur den Verlust der Vermutung eintreten lasse. Es empfehle sich daher mit dem Ablauf der Anzeigefrist den Rechtsverlust zu verknüpfen.“ Dem Zweck der Anzeigepflicht, dem Verkäufer die Möglichkeit zu geben, für einen etwaigen Gegenbeweis die nötigen Feststellungen zu machen, entspricht es, dass die Frist möglichst kurz bemessen ist, und bei dem Tode des Tieres sofort beginnt[2]), „andernfalls könnte ja der Erwerber durch Verzögerung der Klage dem Veräusserer die durch sofortige Besichtigung und Untersuchung des Tieres bedingte Möglichkeit des Gegenbeweises vereiteln“[3]).

Den Ablauf der zweitägigen Frist muss der Verkäufer beweisen, wenn er den Verlust der dem Verkäufer wegen des Mangels zustehenden Rechte behauptet. Denn § 485 bestimmt: „Der Käufer verliert die ihm wegen des Mangels zustehenden Rechte, wenn er nicht . . . .“ Aus dieser Fassung ergibt sich, dass die Regel ist, dass der Käufer nach Ablauf der „Ausschlussfrist“ — wie Planck dieselbe nennt — seine Rechte verliert. Daher fällt dem Verkäufer nur der Beweis des Ablaufs der Frist zu[4]); dagegen dem Käufer der Beweis, dass er eine der in § 485 bezeichneten Handlungen vorgenommen hat, wenn er trotz des Ablaufs der Ausschlussfrist seine Rechte noch geltend machen will[5]).

Die in § 485 aufgeführten Mittel bezwecken die

---

1) vgl. Bl. f. Rechtsanw. S. 43, V, 2. Staudinger, Komm. § 485, 4.

2) vgl. Planck § 485 a. Matthiass a. a. O. S. 452 II. A. Bl. f. Rechtsanw. S. 43 V, 1. Staudinger, Komm. § 485 1.

3) So Kuhlenbeck, Komm. § 485, Anm. 1.

4) vgl. Scherer, Komm. § 483, 4. Planck § 485 a. Stölzle § 485, 2a.

5) vgl. Dernburg, BGB. S. 77, V. Planck § 485 a. Stölzle § 485, 2b.

Benachrichtigung des Verkäufers von dem aufgefundenen Mangel. Hierbei kommt in erster Linie die mündliche oder schriftliche Anzeige[1]) des Fehlers von Seiten des Käufers an den Verkäufer in Betracht; dabei ist zu beachten, dass die schriftliche Anzeige nur vom Käufer an den Veräusserer abgesandt zu sein braucht, und daher von dem Empfange seitens des Verkäufers die Wirkung derselben nicht abhängt[2]). Demselben Zweck dienen auch die Klageerhebung, § 352 CPO., sowie die Streitverkündung § 72 CPO.[3]); in beiden Fällen muss die Zustellung des betreffenden Schriftsatzes innerhalb der zweitägigen Frist erfolgen[4]). Der Käufer kann aber auch innerhalb der zweitägigen Frist bei Gericht den Antrag auf gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises stellen, § 485 CPO. Ist diese Beweisaufnahme im allgemeinen nur möglich, wenn zu besorgen ist, dass das Beweismittel verloren gehe oder die Benutzung desselben erschwert werde, § 485 CPO., so erklärt § 488 CPO. dieses Verfahren immer für zulässig, wenn es sich um die Feststellung von Mängeln einer Sache handelt. Das trifft hier zu. Der Antrag muss dann innerhalb der zweitägigen Frist bei Gericht eingereicht sein[5]).

B. II. g.

Hat der Käufer wegen eines Hauptmangels, der sich innerhalb der Gewährfrist gezeigt hat, die Anzeige rechtzeitig an den Verkäufer gesandt, oder eine der in § 485 bezeichneten Handlungen rechtzeitig vorgenommen,

---

1) vgl. Staudinger, Komm. § 485, 2. Scherer, Komm. § 485, 2.

2) vgl. Matthiass a. a. O. S. 453, III. A, 3. Siméon a. a. O. S. 379 b. Crome a. a. O. S. 480, 3b. Eck a. a. O. S. 461. Dernburg, BGB. S. 77. V.

3) vgl. Siméon S. 379 b. Staudinger, Komm. § 385, 4. Crome a. a. O. S. 480, 3a. Cosack a. a. O. S. 449, § 129, 3a.

4) vgl. Scherer, Komm. § 485, 3.

5) vgl. Scherer, Komm. § 485, 4c.

so kann er nur Wandelung, nicht Minderung verlangen, § 487. Damit, dass die Minderungsklage ausgeschlossen ist, hat das BGB. in einem weiteren Punkte den deutschrechtlichen Grundsatz zur Anwendung gebracht, während dagegen das gemeinrechtliche System der ädilitischen Klagen auch hier dem Käufer die Minderungsklage wahlweise neben der Wandelungsklage gab[1]). Zur Begründung heben die Protokolle S. 1485 hervor: „Dass im Prinzip an der Ausschliessung der Minderungsklage beim Viehhandel festgehalten werden müsse, könne einem begründeten Zweifel nicht unterliegen. Wenn auch in gewissen Fällen mit der Minderung einem berechtigten Interesse des einen oder anderen Teiles oder auch beider Teile besser gedient sein könnte, so spreche gegen ein allgemeines Wahlrecht zwischen Wandelung und Minderung vor allem der praktische Gesichtspunkt, dass die bei lebenden Tieren der Natur der Sache nach stets unsicheren Schätzungen vermieden werden müssten."

Behauptet nun der Käufer dem Verkäufer gegenüber einen Mangel des Tieres, so kann der Verkäufer ihn unter dem Erbieten der Wandelung und unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er Wandelung verlange, § 466. Um aus der Ungewissheit und Unsicherheit, ob der Käufer ihn wegen eines Mangels in Anspruch nehmen werde, herauszukommen, gibt das BGB. dem Verkäufer die Möglichkeit, dem Käufer eine Frist zu stellen, innerhalb deren er die Wandelung nur verlangen kann[2]). Der Fehler muss jedoch vom Käufer ihm gegenüber behauptet sein, es genügt nicht, dass der Käufer einem Dritten davon Mitteilung macht, und dieser wieder den

---

1) vgl. Rein a. a. O. S. 20. Motive S. 257. Planck § 487, 1. Kuhlenbeck, Komm. § 487, Anm. 1. Scherer, Komm. § 487, 1. Oertmann, Komm. § 487, 1.

2) vgl. Hirsch u. Nagel a. a. O. S. 48, 4. Dernburg, BGB. S. 59, VI. Schollmeyer a. a. O. S. 16. Endemann a. a. O. S. 723.

Verkäufer davon in Kenntnis gesetzt hat[1]). Die angemessene Frist kann mit Rücksicht auf das beschleunigte Verfahren in Viehmängelprozessen sehr kurz bemessen sein[2]). Die Aufforderung seitens des Verkäufers muss dem Käufer zugehen, ist also ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft; ihre Wirkung bestimmt sich demnach unter Anwesenden nach dem Zeitpunkt, in dem der andere sie vernimmt, unter Abwesenden, wo sie dem andern zugeht, § 130.

Nach Ablauf der Frist ist der Anspruch auf Wandelung ausgeschlossen, § 466 Satz 2[3]). Verlangt der Käufer dagegen innerhalb der ihm gestellten Frist Wandelung, so ist dieselbe damit bewirkt[4]). In allen übrigen Fällen wird die Wandelung dadurch vollzogen, dass sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt, § 465. Ich stelle mich mit Planck, Dernburg, Oertmann, Staudinger u. a. auf den Boden der Vertragstheorie[5]). Wie im alten römischen Recht kann der abgeschlossene Kaufvertrag nur durch Vertrag (mutuo dissensu) wieder aufgehoben werden[6]). Das Verlangen des Käufers nach Wandelung stellt sich also dar als einen Vertragsantrag (Offerte), auf den die Bestimmungen der §§ 145 ff. Anwendung finden[7]).

1) vgl. Meisner, Viehgew. S. 61. Stölzle § 487, 3b. Planck § 466, 2.

2) vgl. Meissner, Viehgew. S. 62, II.

3) vgl. Stölzle § 487, 3a. Hirsch u. Nagel a. a. O. S. 49. Dernburg, BGB. S. 59, 6. Cosack 127, II, 3.

4) Dies steht dem § 465 nicht entgegen, denn der Verkäufer muss sich hier ja schon mit der Wandelung einverstanden erklärt haben. Vgl. Stölzle § 387, 3a. Meisner, Viehgew. S. 63. Planck § 466, 4.

5) vgl. Planck § 462, 3. Staudinger, § 463, 2. Dernburg, BGB. S. 57, 58. Endemann a. a. O. S. 721 ff. Oertmann, Komm. § 465, 3. Stölzle § 487, II, 1. Flechtheim i. Gr. Beitr. Bd. 44, S. 62 ff. Cosack § 127, II, 3. A. M. Neumann, Komm. § 462, II. Heimann i. Gr. Beitr. Bd. 46. S. 509 ff. Kuhlenbeck, Komm. § 465, Fischer-Henle § 465.

6) vgl. Meisner, Viehgew. S. 45, III.

7) vgl. Stölzle § 487, II. Meisner, Viehgew. S. 45, 58. Planck § 465, I. Staudinger, Komm. § 465, 1.

So setzt § 465 einmal dem Käufer eine Grenze für die Änderung der von ihm erklärten Wahl[1]). Aber das ist nicht der einzige Zweck dieses Paragraphen, wie die Gegner der Vertragstheorie: Haymann, Neumann, Kuhlenbeck, Fischer-Henle u. a. annehmen. Es soll vielmehr des weiteren damit gesagt sein, dass der Anspruch auf Rückgängigmachung des Kaufes durch die Erklärung des Einverständnisses seitens des Verkäufers verwirklicht ist[2]). Das alte Schuldverhältnis ist damit erloschen, ein neues, die Verpflichtung beider Parteien, den früheren Zustand wiederherzustellen, an seine Stelle getreten[3]). Ist die Zustimmung des Verkäufers zu der Wandelung nicht zu erlangen, so ist darauf die Klage zu richten und die rechtskräftige Verurteilung ersetzt dann die Zustimmung, § 894 CPO.[4])

B. II. h.

Ist die Wandelung erfolgt, so sind die Parteien verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren, § 346. Die Wirkungen der Wandelung sind nicht dinglicher Natur, das Eigentum an dem Tiere fällt nicht ipso jure an den Verkäufer zurück, sondern durch die Wandelung wird ein neues Schuldverhältnis unter den Parteien begründet, demgemäss sie obligatorisch verpflichtet sind, den Zustand wieder herzustellen, wie er vor Abschluss des Kaufvertrages bestanden hat[5]). Andererseits aber treten die Rechte und Pflichten der Parteien mit dem Vollzuge der Wandelung unmittelbar ein und nicht „erst durch ein sich anschliessendes Rechts-

1) vgl. Planck § 465, 1.

2) vgl. Planck § 465, 1.

3) vgl. Protokolle S. 1363. Meisner, Viehgew. S. 60, 4. Schollmeyer a. a. O. S. 17.

4) vgl. Prot. S. 1363. Meisner, Viehgew. S. 60. Stölzle § 487, II, 1. Planck 485, 1. Hirsch u. Nagel S. 47. Schollmeyer a. a. O. S. 16.

5) vgl. Stölzle § 487, 4. Rein a. a. O. S. 22. Meisner, Viehgew. S. 60.

geschäft oder Urteil“ [1]). War der Vertrag von keiner Seite bisher erfüllt, dann ist jeder von seiner Verpflichtung zur Leistung befreit [2]). War aber der Vertrag auf beiden Seiten schon erfüllt, so muss der Käufer das fehlerhafte Tier zurückgeben, §§ 467, 366, Abs. 1, ferner alle Vorteile und Zuwüchse, die er in der Zwischenzeit erlangt hat; Nutzungen hat er jedoch nur insoweit zu ersetzen, als er sie wirklich gezogen hat, § 487, Abs. 4 [3]). Ist der Käufer nicht mehr in der Lage, das Tier zurückzugeben, sei es weil es verendet oder geschlachtet oder weiter veräussert ist, so soll die Wandelung dadurch nicht ausgeschlossen sein; an Stelle der Rückgewähr hat der Käufer den Wert des Tieres zu vergüten, § 487, Abs. 2 [4]). Ist das Tier durch Zufall untergegangen oder wesentlich verschlechtert, § 350 [5]), so ist die Wandelung doch zulässig, der Käufer bekommt seinen Kaufpreis zurück, braucht aber seinerseits keinen Ersatz zu leisten, da der Verkäufer die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung trägt, § 467, 275 [6]). Alles, was der Käufer jedoch von dem toten Tiere noch in Besitz hat, wie z. B. die Haut, die Hörner u. s. w., muss er an den Verkäufer herausgeben, § 350, Motive, S. 231, ebenso alles, was er auf Grund des zufälligen Unterganges des Tieres erhalten hat, wie z. B. die Versicherungssumme; wenn er diese noch nicht bekommen hat, muss er den Anspruch auf dieselbe an den Verkäufer abtreten, § 281 [7]). Ist die Rückgabe des Tieres wegen eines schon vor Vollziehung der Wande-

---

1) So Motive S. 230.

2) vgl. Stölzle § 487, IV. Hirsch u. Nagel S. 50, 6. Dernburg, BGB. S. 61, III.

3) vgl. Crome a. a. O. S. 481, 4b u. Anm. 43.

4) vgl. Hachenburg a. a. O. S. 182 ff. III. Dernburg, BGB. S. 60, II. „mortuus redhibitur.“ Cosack a. a. O. S. 127, II, 1b. Crome a. a. O. S. 480, 4a.

5) vgl. Eck a. a. O. S. 452. Crome a. a. O. S. 480, a.

6) vgl. Hirsch u. Nagel S. 55, 1b.

7) vgl. Stölzle § 487, 4 V. Kuhlenbeck, Komm. § 350. Anm. 1.

lung eingetretenen Umstandes, den der Käufer zu vertreten hat, unmöglich, so tritt an die Stelle der Rückgabe des Tieres der Wertersatz, § 487, Abs. 2. Dahin gehören die Fälle der §§ 351—353, wenn das Tier durch Verschulden des Käufers oder seiner Gehülfen untergegangen oder wesentlich verschlechtert ist, § 351; wenn das Tier durch Verarbeitung in eine Sache anderer Art umgestaltet ist, § 352; wenn der Käufer bereits über das Tier verfügt hat, insbesondere dasselbe weiter veräussert oder geschlachtet hat, § 353, 487, Abs. 2[1]).

In allen diesen Fällen braucht der Käufer keinen Schadenersatz zu leisten, sondern nur den Wert des Tieres zu vergüten[2]). Über den für die Wertbemessung massgebenden Zeitpunkt gehen die Meinungen auseinander. M. E. kann nur der Zeitpunkt der vollzogenen Wandelung in Betracht kommen, aber mit Berücksichtigung des Umstandes, der die Wertminderung zur Folge, und den der Verkäufer zu vertreten hatte: d. h. es ist der Wert zu ersetzen, den das Tier zur Zeit der Wandelung gehabt haben würde, wenn der die Wertminderung verursachende Umstand nicht eingetreten wäre[3]). Dagegen ist nicht entscheidend der Zeitpunkt des Gefahrüberganges[4]), noch der Zeitpunkt, wo die schuldhafte Handlung vorgenommen wurde[5]), noch auch allein der Zeitpunkt der Wandelung, so dass nur der Wert des Tieres zu ersetzen wäre, der im Augenblick der Wandelung noch vorhanden ist[6]).

1) vgl. Planck § 487, 2 b. Cosack § 129, 2 b. Hirsch u. Nagel S. 578. Dernburg, BGB. S 78, VII. Staudinger, Komm. § 487, II. 1, 2.

2) vgl. Rein a. a. O. S. 24. Oertmann, Komm. § 487, 2a. Staudinger, Komm. § 487, II. 3. Siméon, S. 380. Endemann a. a. O. S. 727.

3) So auch Planck § 487, 2a. Protokolle, S. 1608. Staudinger, Komm. § 487, II, 3.

4) So Stölzle § 487, S. 45 ff. Dieckerhoff, Ger. Tierarzn. S. 95. Ferner Tielker a. a. O. S. 46 ff.

5) So Dernburg, BGB. S. 78, VII, 1.

6) So Kuhlenbeck, Komm. § 487, Anm. 3, anscheinend auch Oertmann, Komm. § 487 2a.

Die gleiche Wertminderung tritt ein, wenn der Käufer eine vor der Vollziehung der Wandelung eingetretene unwesentliche Verschlechterung zu vertreten hat, § 487, Abs. 3[1]). Ist die unwesentliche Verschlechterung durch Verschulden des Käufers nach der Wandelung eingetreten, so muss er in gleicher Weise, wie wenn er die wesentliche Verschlechterung oder den Untergang des Tieres nach der Wandelung verschuldet hat, dem Verkäufer den vollen Schaden ersetzen unter Berücksichtigung der §§ 249 ff. (§ 467, 347, 989[2]).

Die Verpflichtungen des Verkäufers bestehen in der Herausgabe des Kaufpreises nebst 4 % Zinsen vom Tage des Empfanges an, sowie in dem Ersatz der Aufwendungen, die der Käufer infolge des Mangels des Tieres hat machen müssen, und in dem Ersatz der Vertragskosten, §§ 467, 346, 347[3]). Hinsichtlich der Aufwendungen setzt § 488 noch besonders fest, dass dem Käufer die Kosten der Fütterung und Pflege, der tierärzlichen Untersuchung und Behandlung, sowie die Kosten der notwendig gewordenen Tötung und Wegschaffung des Tieres zu erstatten sind[4]). Vorausgesetzt ist hierbei, dass die Auslagen wirklich gemacht und nicht übertrieben hoch sind[4]).

Die aus der Wandlung für beide Teile entspringenden Verpflichtungen sind Zug um Zug zu erfüllen, §§ 348, 467[5]). Jede Partei kann die ihr obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, § 320, Abs. 1.

Wegen eines verhältnismässig geringfügigen rückständigen Teiles kann die Gegenleistung nicht verweigert werden, soweit die Weigerung gegen Treu und Glauben

---

1) vgl. Planck § 487, 2c. Dernburg, BGB. S. 78, VII. 2. Crome a. a. O. S. 481, 4a.

2) vgl. Planck § 482, 2c. Hirsch u. Nagel S. 59, 19.

3) vgl. Rein a. a. O. S. 25. Dernburg, BGB. S. 61, 3. Cosack a. a. O. S. 127, II, 1a. Siméon S. 373, 6.

4) vgl. Dernburg, BGB. S. 78, VII, 4.

5) vgl. Planck § 467e. Hirsch und Nagel S. 541[4]. Cosack a. a. O. § 127, II, 1a. Kuhlenbeck, Pand. S. 259.

verstossen würde, § 320, Abs. 2. Erhebt ein Teil Klage auf die geschuldete Leistung, ohne selbst die Gegenleistung bewirkt zu haben, so erfolgt die Verurteilung nur auf Erfüllung Zug um Zug, § 322, Abs. 1.

Kommt eine Partei mit der ihr obliegenden Verpflichtung der Rückgewährung in Verzug, so finden die allgemeinen für den Verzug des Schuldners gegebenen Bestimmungen Anwendung, § 284 ff. § 354[1]).

Der Käufer wie der Verkäufer haben bei einem anhängigen Rechtsstreite über den Wandelungsanspruch ein Interesse daran, dass die in § 488 bezeichneten Kosten der Fütterung und Pflege nicht übermässig anwachsen, deshalb können beide Parteien beantragen, dass das Tier öffentlich versteigert und der Erlös hinterlegt wird, § 489[2]), sobald die Besichtigung des Tieres nicht mehr erforderlich ist[3]). In den Motiven, S. 261, heisst es hierzu: „Dem im Prozesse obsiegenden Erwerber ist durch diese Regulierung der Kostenfrage geholfen, indem er hiernach zum vollen Ersatz seiner Auslagen gelangt. Auch ihm kann daran liegen, dass die Fütterungs- und Verpflegungskosten nicht ins Masslose wachsen, z. B. bei zweifelhafter Zahlungsfähigkeit des Veräusserers, und auch abgesehen hiervon kann es, während des Schwebens des Rechtsstreites mit Rücksicht auf die Ungewissheit des Erfolges, jeder von beiden Parteien erwünscht sein, dem fortwährenden Anwachsen der Unterhaltungskosten des Tieres vorbeugen zu können.“ Vorausgesetzt wird, dass über den Anspruch auf Wandelung ein Rechtsstreit anhängig ist. Zuständig sind in I. Instanz für Streitigkeiten wegen Viehmängel die Amtsgerichte, GVG. § 23.

Die öffentliche Versteigerung (383 Abs. 3) ist auf Antrag durch eine einstweilige Verfügung anzuordnen[4]),

1) vgl. Planck § 467g. Cosack § 127, II, 1a. Stölzle § 487, VI.

2) vgl. Eck a. a. O. S. 462. Scherer, Komm. § 489, 1. Matthiass a. a. O. S. 454. Endemann a. a. O. S. 727.

3) vgl. Planck, Bem. zu § 489. Dernburg, BGB. S. 79, 5. Ferner Tielker a. a. O. S. 67.

4) vgl. Crome a. a. O. S. 482. Matthiass S. 454.

„ohne dass es auf die allgemeinen Voraussetzungen für den Erlass einstweiliger Verfügungen ankommt“ [1]). Die Besichtigung des Tieres muss nicht mehr erforderlich sein, der erzielte Erlös tritt an die Stelle des versteigerten Tieres und muss hinterlegt werden [2]). Für die Hinterlegung kommen die Vorschriften der §§ 372 ff. in Betracht; die Regelung der Bestimmungen über die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Hinterlegungsstellen ist den Landesgesetzen überlassen [3]), EG. BGB. Art. 144—146. In Preussen kommen nach der Hinterlegungsordnung v. 14. März 1879 [4]) als Hinterlegungsstellen die Bezirksregierungen in Betracht, als Hinterlegungskassen die Regierungshauptkassen; für die Hinterlegung von Wertpapieren und Urkunden sind auch die Amtsgerichte zuständig.

War die Wandelung vollzogen, so hat der Verkäufer statt des Anspruches auf Rückgabe des Tieres den Anspruch auf Bewilligung der Auszahlung des hinterlegten Erlöses [5]).

Sind mehrere Tiere verkauft und von diesen nur einzelne mangelhaft, so kann grundsätzlich auch nur wegen des einzelnen fehlerhaften Tieres die Wandelung verlangt werden, auch wenn ein Gesamtpreis für alle Tiere vereinbart ist, § 469, Satz 1 [6]). Der Gesamtpreis wird in diesem Falle in dem Verhältnis herabgesetzt, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Gesamtwert der Tiere in mangelfreiem Zustande zu dem Werte der von

---

1) So Planck § 489, vgl. Dernburg, BGB. S. 79, 5. Matthiass a. a. O. S. 454.

2) vgl. Oertmann, Komm. § 489, 1. Staudinger, Komm. § 489, 5. Kuhlenbeck, Pand. S. 267.

3) vgl. Planck S. 154, 3. Scherer, Komm. § 472, 1.

4) vgl. Meisner, Komm. § 472, 2.

5) vgl. Stölzle § 489, 2. Planck, Bem. zu § 489. Oertmann, Komm. § 489, 1.

6) vgl. Planck § 469. Dernburg, BGB. S. 64, VIII. Eck a. a. O. S. 453. Oertmann, Komm. § 469, 1. Cosack § 127, 6a.

der Wandelung nicht betroffenen Sachen gestanden haben würde, § 471. Es werden bei der Wandelung nur die einzelnen fehlerhaften Tiere zurückgewährt, demgemäss muss auch der Verkäufer einen entsprechenden Teil des Kaufpreises herauszahlen[1]). Bei dieser Berechnung wird einmal der wahre Wert der Tiere in mangelfreiem Zustande und der wahre Wert der von der Wandelung nicht betroffenen Tiere ins Auge gefasst, andermal der zwischen den Parteien vereinbarte Gesamtpreis auch berücksichtigt, denn sonst würde ja der Verdienst, den, sei es der Käufer, sei es der Verkäufer, bei dem Geschäfte zu machen hofft, ganz wegfallen. Nehmen wir z. B. an, der Verkäufer habe durch den Kaufabschluss einen Gewinn erzielt, und der wirkliche Gesamtwert aller verkauften Tiere im mangelfreien Zustande wäre G = 1000 M., der wirkliche Wert der nicht von der Wandelung betroffenen Tiere nur W = 800 M., dagegen der vereinbarte Kaufpreis S = 1200 M. gewesen, so erhielten wir die Gleichung: S:x = G:W, oder 1200:x = 1000:800, demnach $x = \frac{800 \cdot 1200}{1000} = 960$ M. Hatte der Verkäufer 1200 M. bekommen, so muss er nun 240 M. herausgeben; sein Gewinn schmälert sich auch verhältnismässig von 200 M. auf 160 M.

Werden Tiere als zusammengehörig verkauft, so kann jeder Teil verlangen, dass die Wandelung auf alle Tiere erstreckt wird, wenn die mangelhaften Tiere nicht ohne Nachteil für ihn von den übrigen getrennt werden können, § 469, Satz 2. Die Tiere müssen als zusammengehörig verkauft sein, und die fehlerhaften Tiere dürfen nicht ohne Nachteil für einen von beiden von den übrigen getrennt werden können[2]), wie das der Fall sein kann

---

1) vgl. Schollmeyer a. a. O. S. 21. Cosack § 127, 6a, γ.

2) vgl. Planck § 469a. Scherer, Komm. § 469, 1. Oertmann, Komm. § 469, 2. Meisner, Komm. § 469, 1. Staudinger, Komm. Bem. z. §§ 469—471, 1.

bei einem Viergespann oder einer Herde[1]). Dass ein Gesamtpreis vereinbart ist, darauf kommt es nicht an. In diesen Fällen ist auf Verlangen einer Partei die Wandelung auf alle Tiere, auch die fehlerhaften, auszudehnen[2]).

B. II. i.

Der Wandelungsanspruch wegen eines Hauptmangels unterliegt, ebenso wie der Schadenersatzanspruch wegen eines Hauptmangels, dessen Nichtvorhandensein der Verkäufer zugesichert hat, der sechswöchentlichen Verjährung, § 490. Das Recht auf Wandelung ist nach BGB. als Anspruch konstruiert und verjährt in sechs Wochen. Gegenstand der Verjährung sind nach BGB. nur Ansprüche — Anspruch ist das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, § 194. — Die Frist von 6 Wochen ist eine Verjährungsfrist und unterliegt den allgemeinen Vorschriften über die Verjährung, § 194 ff. Hervorzuheben aus § 477 ist noch, dass die Verjährungsfrist nach Belieben durch Vertrag verlängert werden kann, der Parteiabrede wird demnach keine Schranken gezogen, während im Allgemeinen eine Erschwerung der Verjährung durch Verlängerung der Verjährungsfrist ausgeschlossen ist, § 225[3]).

Nach der Verjährungsfrist kann der Anspruch auf Wandelung oder Schadensersatz nicht mehr geltend gemacht werden, es sei denn, dass der Verkäufer einen Hauptmangel arglistig verschwiegen hat; in diesem Falle läuft die gewöhnliche dreissigjährige Verjährungsfrist von der Ablieferung des Tieres ab, § 447[4]). Die Verjährungs-

1) vgl. Stölzle § 471, S. 56. Dernburg, BGB. S. 64, 7. Meisner, Viehgew. S. 78. Eck a. a. O. S. 445. Schollmeyer a. a. O. S. 21.

2) Matthiass a. a. O. S. 447. Planck § 469 b.

3) vgl. Staudinger i. Bl. f. Rechtsanw. S. 44, VII, 2. Schollmeyer a. a. O. S. 18. Hachenburg a. a. O. S. 195, 2. Oertmann, Komm. § 490, 1.

4) vgl. Matthiass a. a. O. S. 455. Cosack § 127, 9 d. Scherer, Komm. § 490, 1. Dernburg, BGB. S. 74, II, 1. Stölzle § 490, 1 b. Planck § 490, 2. Meisner, Viehgew. S. 89.

frist beginnt mit dem Ablauf des letzten Tages der Gewährfrist und endigt nach den allgemeinen Bestimmungen mit dem Ablauf des Tages der letzten Woche, der durch seine Benennung dem Tage entspricht, in welchen das Ende der Gewährfrist fällt, § 188, 187 [1]).

In sechs Wochen verjährt nun der Anspruch auf Wandelung; ist dagegen die Wandelung schon vollzogen, so verjähren die neuen aus der Wandelung sich ergebenden Ansprüche in gewöhnlicher Verjährungszeit von 30 Jahren [2]). Da auf die Verjährungsfrist die allgemeinen Vorschriften über Verjährung Anwendung finden, so gilt dies auch hinsichtlich der Unterbrechung und Hemmung der Verjährung [3]).

Nach der Vollendung der Verjährung ist der Verpflichtete berechtigt, die Leistung zu verweigern, § 222, Abs. 1. Der Verkäufer kann demnach die Erfüllung des Anspruches auf Wandelung oder Schadenersatz nach der Vollendung der Verjährung verweigern. Die Verjährung hebt das Recht nicht auf, sondern begründet nur eine Einrede. Dieselbe hat der Richter nicht von Amtswegen zu berücksichtigen, sondern nur wenn die Parteien sich darauf berufen [4]). Für den Fall nun, dass der Anspruch auf Wandelung oder Schadensersatz verjährt ist, bestimmt § 490, 477, dass der Käufer trotz der Vollendung der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises verweigern oder mit seiner Schadensersatzforderung aufrechnen kann. Nur dann ist der Käufer zur Weigerung berechtigt, wenn sein Anspruch auf Wandelung oder Schadensersatz auch wirklich entstanden war; dazu gehört vor allem, dass der Käufer eine der in § 485 bezeichneten Handlungen vor-

---

1) vgl. Planck § 490, 2. Dernburg, BGB. S. 79, VIII, 2. Eck a. a. O. S. 462. Scherer, Komm. § 490, 4.

2) vgl. Stölzle § 490, 4. Planck § 477, 1a.

3) vgl. Meisner, Komm. § 477, 5. Crome a. a. O. S. 474, 2b.

4) vgl. Kuhlenbeck, Komm. § 222, Anm. 1. Meisner, Viehgew. S. 93. Stölzle § 490, III.

genommen hat[1]). Hat der Verkäufer jedoch einen Mangel arglistig verschwiegen, so stehen dem Käufer nach der Verjährung auch dann die Einreden zu, wenn er keine der in § 485 bezeichneten Handlungen vorgenommen hat[2]), § 485 Satz 2.

Dadurch, dass die Entstehung des Anspruches auf Wandelung oder Schadensersatz in § 485 von einer Anzeige des Mangels an den Verkäufer abhängig gemacht ist, wird die Vorschrift des § 478, 479, und die in denselben vorgesehene Anzeigepflicht innerhalb der Verjährungsfrist überflüssig[3]).

Das Recht, mit einer Gegenforderung auch nach ihrer Verjährung aufzurechnen, ist nach § 390 immer dann gegeben, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war. Für die Aufrechnung der Schadensersatzforderung wegen Mängel einer Sache wird jedoch in § 478 eine Einschränkung dahingehend gemacht, dass die Aufrechnung nur dann statthaft sein soll, wenn der Mangel vor Ablauf der Verjährungsfrist dem Verkäufer angezeigt ist[4]).

Beim Viehkaufe fällt diese Einschränkung insofern wieder fort, als zur Entstehung des Schadensersatzanspruches selbst eine Anzeige des Fehlers innerhalb der Gewährfrist an den Verkäufer notwendig erfolgt sein muss.

B. II. k.

Handelt es sich beim Kaufgeschäft nicht um ein individuell, sondern nur der Gattung nach bestimmtes

---

1) vgl. Matthiass a. a. O. S. 455. E. Staudinger i. Bl. f. Rechtsanw. S. 45. Siméon, S. 380a. Kommissionsber. S. 69, IV. Planck § 490, 3. Staudinger, Komm. § 490, 4. v. Buchka S. 106.

2) vgl. Schollmeyer a. a. O. S. 19.

3) vgl. Eck a. a. O. S. 462. Planck § 490, 3. Staudinger i. Bl. f. Rechtsanw. S. 45, 3. Dernburg, BGB. S. 79, Anm. 8. Oertmann, Komm. § 490, 3.

4) vgl. Dernburg, BGB. S. 76, Anm. 3.

Tier, so kann der Käufer statt der Wandelung verlangen, dass ihm an Stelle des mangelhaften ein mangelfreies Tier geliefert wird, § 491. Aus der Fassung „statt der Wandelung“ geht hervor, dass die Voraussetzungen für die Wandelungsklage gegeben sein müssen; mithin muss es sich auch hier um einen Hauptmangel handeln, der sich innerhalb der Gewährfrist gezeigt hat und die Anzeige des Mangels muss nach § 485 dem Verkäufer gegenüber erfolgt sein. Nur dem Käufer steht das Recht zu, statt der Wandelung Lieferung eines fehlerfreien Tieres zu verlangen; der Verkäufer kann sich nicht dazu erbieten, ein fehlerfreies Tier zu liefern, wenn der Käufer ihn wegen eines Mangels mit der Wandelungsklage in Anspruch nehmen will[1]).

Fehlt dem Tiere zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer überging, eine zugesicherte Eigenschaft, oder hat der Verkäufer einen Hauptmangel arglistig verschwiegen, so kann der Käufer statt der Wandelung oder Lieferung eines mangelfreien Tieres Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, § 480 Abs. 2. Der Käufer hat hier demnach ein dreifaches Wahlrecht zwischen dem Anspruch auf Wandelung, Nachlieferung eines fehlerfreien Tieres und Schadensersatz[2]). Die Haftung des Verkäufers auf Schadenseratz für zugesicherte Eigenschaften richtet sich bei Tieren, die nur der Gattung nach bestimmt sind, nicht nach dem Zeitpunkt des Kaufabschlusses wie sonst § 463, sondern nach dem Augenblick, wo die Gefahr auf den Käufer übergeht. § 480, Abs. 2[3]). Diese Vorschrift findet ihre Erklärung darin, dass bei Gattungskäufen die Sache zur Zeit des Kaufabschlusses noch gar nicht individuell bestimmt ist, sondern die Konzentrierung der Kaufschuld auf ein be-

---

1) vgl. Rein a. a. O. S. 46. Meisner, Komm. § 480, 1. Scherer, Komm. § 480, 2.

2) vgl. Dernburg, BGB. S. 68, III. Crome a. a. O. S. 472, III.

3) vgl. Endemann S. 725. Dernburg, BGB. S. 68, II. Oertmann, Komm. § 480, 2b. Meisner, Komm. § 480, 2.

stimmtes Tier erst durch die Ausscheidung und durch den Gefahrübergang erfolgt[1]). Die Nachlieferung eines fehlerfreien Tieres ist dann jedoch ausgeschlossen, wenn das Tier infolge eines Umstandes untergegangen oder wesentlich verschlechtert ist, den der Käufer zu vertreten hatte, § 480 Abs. 1. § 467, Abs. 1. § 351—353[2]). Bestehen bleibt die Bestimmung, dass bei zufälligem Untergang oder zufälliger Verschlechterung des verkauften Tieres der Anspruch auf Lieferung eines fehlerfreien Tieres nicht ausgeschlossen ist, § 480 Abs. 1. § 467 Abs. 1. § 350[3]).

Die Kosten der Fütterung, sowie der Pflege, der tierärztlichen Untersuchung und Behandlung kann der Käufer auch dann ersetzt verlangen, wenn er die Lieferung eines fehlerfreien Tieres vom Verkäufer verlangt, § 491, 488[4]).

Ebenso können beide Parteien im Falle eines Rechtsstreites über den Anspruch auf Nachlieferung die öffentliche Versteigerung des fehlerhaften Tieres beantragen, §§ 491, 489[5]). Die Verjährungsfrist ist auch für den Anspruch auf Lieferung eines fehlerfreien Tieres auf 6 Wochen vom Ende der Gewährfrist an festgesetzt[6]). Ist die Verjährung dieses Anspruches vollendet, so kann auch der Käufer eines nur der Gattung nach bestimmten Tieres die Zahlung des Kaufpreises verweigern, §§ 491, 490[7]).

B. II. l.

Sämtliche Vorschriften des BGB. über Mangelhaftung bei Viehkäufen beziehen sich nur auf die in der Kaiserlichen Verordnung vorgesehenen Hauptmängel, wenn

1) vgl. Staudiger, Komm. § 480, 4.

2) vgl. Crome a. a. O. S. 482, 5 u. Anm. 52. Kuhlenbeck, Komm § 480, 2d.

3) vgl. Kuhlenbeck, Komm. § 491, 2a.

4) vgl. Meisner, Komm. § 491. Matthiass a. a. O. S. 455, III.

5) vgl. Oertmann, Komm. § 491.

6) vgl. Oertmann, Komm. Bem. zu § 491.

7) vgl. Kuhlenbeck, Komm. § 480, 2h.

die Parteien über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers keine besondere Vereinbarung getroffen haben. Da diese Bestimmungen jedoch alle nur dispositiver Natur sind, so können die Parteien im einzelnen Falle, wie das schon oben betont ist, die Haftung erweitern oder einschränken[1]). So kann durch Vertrag die Gewährfrist verlängert oder abgekürzt werden, § 486[2]); es kann die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel des Tieres erlassen oder beschränkt werden, mit der Einschränkung jedoch, dass die dahingehende Vereinbarung nichtig ist, wenn der Verkäufer einen Mangel arglistig verschweigt, § 476[3]). Endlich kann der Verkäufer die Gewährleistungspflicht eines nicht zu den Hauptmängeln gehörigen Fehlers vertraglich übernehmen oder auch eine besondere Eigenschaft des Tieres zusichern[4]), § 492. Die Übernahme erweiterter Haftung kann ausdrücklich oder stillschweigend, vor oder nach dem Vertragsschluss erfolgen[5]). Vor allem kann der Verkäufer die Gewährleistungspflicht für bestimmte Fehler übernehmen und bestimmte Eigenschaften des Tieres zusichern[6]), oder nur allgemeine Zusicherungen machen und ein allgemeines Versprechen abgeben, für alle Fehler haften zu wollen[7]). Hinsichtlich der Bedeutung und Wirkung dieser allgemeinen Zusicherungen und Versprechen trat in den Entwürfen zum BGB. grosse Meinungsverschiedenheit hervor. Man wird wohl sagen müssen, dass im allgemeinen nur bestimmte Zusicherungen zu berücksichtigen sind[8]). „Allgemeine Anpreisungen, auf welche man im Verkehr kein Gewicht legt", wie Dernburg S. 51 sagt,

1) vgl. Dernburg, BGB. S. 79, X. Cosack § 129, 6. Oertmann, Komm. § 492.

2) vgl. Crome a. a. O. S. 483 a.

3) vgl. Planck § 492, 1.

4) vgl. Matthiass a. a. O. S. 455, IV. Tielker a. a. O. S. 81 folg.

5) vgl. Dernburg, BGB. S. 51.

6) vgl. Dernburg, BGB. S. 80.

7) vgl. Oertmann, Komm. § 492.

8) vgl. Endemann a. a. O. S. 719.

kommen nicht in Betracht. Was hierhin gehört, lässt sich nur nach den Umständen beurteilen. Die Versicherung z. B., die Ware sei gut, brauchbar, modern, wird bald blosse Redensart sein, bald ernst genommen werden können".

Was nun aber das Versprechen des Verkäufers, wegen aller Fehler eines Tieres Gewähr zu leisten, anbelangt, so hatte der I. Entwurf die Bestimmung getroffen, „dass ein allgemeines Versprechen des Veräusserers, wegen aller Mängel haften zu wollen, nur auf die Hauptmängel zu beziehen sei". Die Kommission für die zweite Lesung schwächte diese Vorschrift schon dahin ab, dass sie den Satz nur als Auslegungsregel beibehielt; sie bestimmte, „ein allgemeines Versprechen, durch welches der Verkäufer die Gewährleistung wegen aller Fehler übernommen hat, ist im Zweifel nur auf die Hauptmängel zu beziehen". Doch auch diese Auslegungsregel musste fallen, und die Reichstagskommission strich den ganzen Paragraphen. Zur Begründung führt der Bericht der Kommission an[1]): „Es sei dem Wortlaute und der vermutlichen Absicht der Parteien direkt zuwider, wenn man das Versprechen des Verkäufers, die Gewährleistung für alle Fehler zu übernehmen, nur auf die Hauptmängel beziehen wolle. Wenn das Gesetz eine prinzipielle Scheidung der Mängel in zwei Klassen, Hauptmängel und andere Mängel, vornehme, so könne man unmöglich annehmen, dass bei dem Versprechen, für alle Mängel zu haften, eben nur die eine nicht, aber die andere Klasse dieser Mängel gemeint sein solle. Zudem würde eine solche Bestimmung dem geschäftsgewandteren Kontrahenten ein bequemes Mittel gewähren, die geschäftsungewandteren Käufer zu benachteiligen, indem dieser durch das scheinbar genügende Versprechen gedeckt, von einer genaueren Prüfung oder besonderen Verabredung ablässt".

Daher wird der Richter heute in jedem einzelnen Falle zu prüfen haben, was dem mutmasslichen Willen

1) vgl. Kommissionsber. S. 69.

der Parteien am meisten entspricht, „ob ein allgemeines Versprechen des Verkäufers, durch welches er die Gewährleistung wegen aller Fehler übernimmt, nur eine unverbindliche Anpreisung enthält, oder ob der Verkäufer ernstlich die Haftung wegen aller Fehler der in § 459 Abs. 2 bezeichneten Art oder sogar eine noch darüber hinausgehende Haftung hat übernehmen sollen“ [1]).

Im Falle der Übernahme erweiterter Haftung durch Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft [2]) ist wieder zu unterscheiden. war die Eigenschaft zur Zeit des Gefahrüberganges nicht vorhanden, so begründet das Fehlen derselben für den Käufer nur einen Wandelungsanspruch und auf diesen finden die allgemeinen Vorschriften für Haftung wegen eines Hauptmangels beim Viehkaufe Anwendung [3]); war die zugesicherte Eigenschaft jedoch schon zur Zeit des Kaufabschlusses nicht vorhanden, so kann der Käufer vollen Schadenersatz verlangen [4]), § 463. Denn fehlt die Eigenschaft schon in dem Augenblick, wo der Verkäufer sie zusichert, so trifft ihn ein Verschulden — entweder wusste er überhaupt, dass dieselbe nicht vorhanden war, oder hatte es wissen müssen — und dafür macht er sich schadensersatzpflichtig. Der Schadensersatzanspruch des Käufers hat den gleichen Umfang, wie er oben auf S. 56 ff. für den Schadensersatzanspruch wegen arglistiger Täuschung geschildert ist.

War die Eigenschaft nachweislich jedoch nur im Zeitpunkt des Gefahrüberganges nicht vorhanden, so braucht den Verkäufer ein Verschulden nicht zu treffen, es können ja in der Zwischenzeit Umstände eingetreten sein, die das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft bedingt haben. Hier haftet der Verkäufer für zugesicherte

---

1) So Planck § 492, 2. Vgl. Eck a. a. O. S. 462. Staudinger, Komm. § 492, 3.

2) Darunter ist sowohl die Zusicherung zu verstehen, dass ein bestimmter Fehler nicht vorhanden, wie auch die Zusicherung, dass eine besondere Eigenschaft vorhanden ist.

3) vgl. Eck a. a. O. S. 462. Siméon a. a. O. S. 381.

4) vgl. Dernburg, BGB. S. 80, XI, 2.

Eigenschaften, wie für einen gesetzlichen Hauptmangel. Der Käufer ist auf den Wandelungsanspruch beschränkt; ist ein nur der Gattung nach bestimmtes Tier Gegenstand des Kaufgeschäftes, so kann der Käufer beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft immer zugleich auch Schadensersatz verlangen, denn bei Gattungskäufen ist auch für den Schadensersatzanspruch das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft zu der Zeit massgebend, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, § 480 Abs. 2. In allen Fällen, in denen die Haftung des Verkäufers vertraglich geändert ist, kann wegen der Gewährleistungspflicht des Verkäufers nur Wandelung, nicht Minderung verlangt werden, § 492[1]).

Wird der Verkäufer wegen einer nicht erfüllten Zusicherung mit der Wandelungsklage in Anspruch genommen, so kommen die allgemeinen Vorschriften über Wandelung wegen eines Hauptmangels zur Anwendung. Die Wandelung kann auch dann verlangt werden, wenn das Tier untergegangen oder wesentlich verschlechtert ist, sei es nun durch Zufall, oder infolge eines Umstandes, den der Käufer zu vertreten hatte, § 492, 487.

Insbesondere ist der Verkäufer verpflichtet, die Kosten der Fütterung und Pflege, der tierärztlichen Untersuchung und Behandlung, sowie die Kosten der notwendig gewordenen Tötung und Wegschaffung des Tieres zu ersetzen, § 492, § 488[2]). Nutzungen braucht sich der Käufer nur insoweit auf diese Kosten anrechnen zu lassen, als er sie wirklich gezogen hat, § 487.

Ist über den Wandelungsanspruch ein Rechtsstreit ausgebrochen, so ist das Tier auf Antrag einer Partei öffentlich zu versteigern und der Erlös zu hinterlegen, § 489. Der Anspruch auf Wandelung, wie auf Schadensersatz verjährt in 6 Wochen[3]).

---

1) vgl. Dernburg, BGB. S. 80. Cosack § 129b. Matthiass a. a. O. S. 455, IV. Kuhlenbeck, Pand. S. 267, Anm. 1.

2) vgl. Staudinger i. Bl. f. Rechtsanw. S. 45, IX, 2.

3) vgl. Kuhlenbeck, Pand. S. 267.

Für den Beginn dieser Verjährungsfrist ist zu unterscheiden, ob die Parteien vertraglich eine Gewährfrist vereinbart haben oder nicht. Ist eine Gewährfrist vereinbart, so beginnt die Verjährungsfrist mit dem Ablauf des letzten Tages derselben. Die Bestimmung der §§ 483—485, die für die gesetzliche Gewährfrist gegeben sind, finden dann auch auf die durch Vertrag vereinbarte Anwendung[1]). Insbesondere hat die Mängelanzeige innerhalb der in § 485 bezeichneten Frist zu erfolgen; widrigenfalls verliert der Käufer alle seine Ansprüche, auch das Recht, nach der Verjährung den Kaufpreis zu verweigern oder mit der Schadensersatzforderung aufzurechnen, §§ 492, 490. Ist dagegen von den Parteien eine Gewährfrist nicht vereinbart, so finden die §§ 483—485 keine Anwendung, und die in § 490 bestimmte Verjährung beginnt mit der Ablieferung des Tieres, § 492. Da eine Gewährfrist nicht vorliegt, so fallen auch die §§ 483—485 fort, insbesondere die den Käufer begünstigende Vermutung, dass ein Fehler schon zur entscheidenden Zeit vorhanden gewesen sei[2]). Der Käufer wird regelmässig beweisen müssen, dass sich die zugesicherte Eigenschaft schon zur Zeit des Gefahrüberganges nicht vorfand[3]). Dagegen werden seine Ansprüche nicht abhängig gemacht von einer binnen kurzem zu bewirkenden Mängelanzeige wie in § 485. Gewährfrist und Verjährungsfrist fallen gewissermassen zusammen, denn innerhalb der sechswöchentlichen Verjährungsfrist muss der Käufer das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft entdeckt und zugleich den darauf begründeten Anspruch durch Klageerhebung geltend gemacht haben.

Die Verjährungsfrist beginnt, entsprechend dem § 477, Abs. 1, mit der Ablieferung des Tieres[4]); diese

1) vgl. Siméon a. a. O. S. 381. Matthiass a. a. O. S. 456, IV B. Planck § 492, 2.

2) vgl. Siméon S. 381. Staudinger, Komm. § 492, 2.

3) vgl. Crome a. a. O. S. 483, 8b.

4) vgl. Planck § 492, 2. Matthiass a. a. O. S. 451, IV B. v. Buchka, S. 106. Weyl a. a. O. S. 414. Crome a. a. O. S. 483, 8b

kann der Übergabe vorausgehen oder nachfolgen, sie ist kein Rechtsgeschäft, sondern ein rein tatsächlicher Vorgang; „wesentlich ist für sie nur, dass der Verkäufer sich des Gewahrsams des Tieres entäussert, und daher der Käufer die faktische Möglichkeit erlangt, sich denselben durch einseitigen Akt sofort zu verschaffen[1]). Nach Vollendung der Verjährung kann der Anspruch auf Wandelung oder Schadensersatz nicht mehr klageweise geltend gemacht werden, inwieweit der Käufer auch nach der Verjährung diese Ansprüche einredeweise vorbringen kann, darüber gehen bei der unklaren Ausdrucksweise des Gesetzbuches die Ansichten auseinander. M. E. muss man entweder sagen, § 490 Abs. 3 kommt nicht in betracht, weil § 492 entsprechende Anwendung des § 490 vorschreibt. § 490 Abs. 3 setzt aber, wie oben dargetan, sowohl für den Wandelungs- oder Schadensersatzanspruch wie auch für die Einreden aus ihnen voraus, dass eine Mängelanzeige in der in § 485 bezeichneten Art vorgenommen ist.

Findet nun § 490 Abs. 3 keine Anwendung, so greifen die §§ 478 und 479 ein, und gemäss der in ihnen enthaltenen Vorschrift hat eine Mängelanzeige oder eine dieser gleichstehenden Handlung zur Erhaltung der Einreden vor Ablauf der sechswöchentlichen Verjährungsfrist zu erfolgen[2]).

Oder man sagt, § 490 Abs. 3 findet doch Anwendung; dieser bestimmt: dass der Käufer auch nach der Verjährung des Anspruchs auf Wandelung die Zahlung des Kaufpreises verweigern kann". Weiter schreibt er nichts vor, es finden also subsidiär die allgemeinen für Mängelhaftung gegebenen Bestimmungen Anwendung, wie das in § 481 betont ist. So käme auch hier wieder der § 476 in betracht, der die Verweigerung der Zahlung des

1) So Oertmann § 477, 2a. Vgl. Cosack § 127, 9b. A. M. Scherer, Komm. § 492, 4b.

2) vgl. Staudinger i. Bl. f. Rechtsanw. S. 46. Reuter und Sauer S. 173. A. M. Meisner, Viehgew. S. 103.

Kaufpreises nach der Verjährung des Wandelungsanspruches von einer vorhergegangenen Anzeige des Mangels an den Käufer abhängig macht[1]). Anders jedoch liegt die Sache bei der Aufrechnungseinrede; § 490 Abs. 3 sagt: „Die Aufrechnung des Anspruches auf Schadensersatz unterliegt nicht der in § 479 bestimmten Beschränkung. Hier schreiben also die besonderen Vorschriften über Mängelhaftung bei Viehkäufen etwas anderes vor, es kann § 479 nicht subsidiär zur Anwendung gebracht werden, denn er wird ja gerade in § 490 Abs. 3 ausgeschlossen[2]). Folgt man dieser Auslegung, so kann der Fall eintreten, dass der Käufer nach der Verjährung des Schadensersatzanspruches doch noch mit demselben aufrechnen kann, ohne eine Mängelanzeige an den Verkäufer gesandt, ohne eine der im §§ 479, 485 bezeichneten Handlungen vorgenommen zu haben. Andererseits aber findet dadurch die verschiedene Behandlung der Einreden in § 490 Abs. 3 ihre Erklärung. Für die Fälle, in denen eine Gewährfrist vorliegt, findet § 478 mit Rücksicht auf § 485 ebenso wenig Anwendung wie § 479, der ausdrücklich ausgeschlossen ist. Darum hätte es also der verschiedenen Ausdrucksweise für beide Einreden in § 490 Abs. 3 nicht bedurft, sondern es würde gesagt sein, die Verweigerung der Zahlung des Kaufpreises nach der Verjährung des Anspruches auf Wandelung sowie die Aufrechnung des Anspruches auf Schadensersatz unterliegt nicht der in §§ 478, 479 bestimmten Beschränkung.

Wenn dagegen eine Gewährfrist nicht vereinbart ist, dann hat die verschiedene Ausdrucksweise im § 490 Abs. 3 ihre oben dargelegte Bedeutung und ihre volle Berechtigung, während sie sonst unverständlich sein muss.

Trotz dieses schwerwiegenden Grundes, der gegen die erstere, für die letztere Ansicht spricht, muss ich

1) vgl. Reuter u. Sauer S. 173. A. M. Meisner, Viehgew. S. 103 b.

2) vgl. Reuter u. Sauer S. 173. Meisner, Viehgew. S. 103 b.

mich doch für die erste Auslegung der §§ 492 und 490 Abs. 3 entscheiden[1]). Denn einmal hebt sowohl der Bericht der Reichstagskommission, wie auch die Denkschrift hervor[2]), dass es selbstverständlich sei, dass der Käufer im Falle des § 490 Abs. 3 das Recht, die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern, und die Befugnis zur Aufrechnung des Anspruches auf Schadensersatz nach Vollendung der Verjährung nur dann habe, wenn er rechtzeitig eine der in § 485 bezeichneten Handlungen vorgenommen habe.

Weiter kann ich keine Erklärung und keinen Grund dafür finden, warum der Gesetzgeber gerade in den Fällen des § 492 zur Erhaltung der Befugnis mit der Schadensersatzforderung auch noch nach der Verjährung des Anspruches aufzurechnen, von einer Mängelanzeige absehen, und dadurch den Verkäufer um so viel schlechter stellen sollte. Das Verschulden des Verkäufers — dass er eine Eigenschaft zugesichert hat, von der er entweder wusste, dass sie nicht vorhanden war oder es hätte wissen müssen — ist in beiden Fällen gleich, mag nun eine Gewährfrist vereinbart sein oder nicht. Ich halte es daher für das Richtigere zu sagen, § 490 Abs. 3 findet keine Anwendung; an seine Stelle tritt § 478, 479 in den Fällen, in denen eine Gewährfrist nicht vereinbart ist.

III.

Nachdem wir einen Rückblick auf die geschichtliche Entwickelung der aus dem deutschen und römischen Recht stammenden Währschaftsbestimmungen geworfen, danach eine dogmatische Darstellung der in das BGB. aufgenommenen einschlägigen Vorschriften gegeben haben, können wir wohl sagen, dass die im alten deutschen Recht massgebenden Währschaftsnormen bei dem gewaltigen Ansturm des römischen Rechtes in Deutschland nicht völlig unterlegen und dem Untergange geweiht

1) So auch Tielker a. a. O. S. 84 f.
2) vgl. Denkschrift S. 68, Kommissionsber. S. 69.

waren, sondern sich vielmehr bis heute erhalten und ihre wesentlichen, dem römischen Rechte völlig fremden Grundsätze mit einigen zeitgemässen Änderungen dem BGB. einverleibt haben. „Indem[1]) so der Entwurf ein einheitliches Recht schaffen will, welches sich in allem Wesentlichen mit uraltem, durch die Jahrhunderte bewährtem und wahrlich nicht zufällig gegenüber dem Ansturme des römischen Rechtes vom Volke zäh festgehaltenem deutschen Rechte deckt, erfüllt es wenigstens auf diesem Gebiete der Rechtszersplitterung und des Meinungsstreites seinen Beruf.“

1) So Gierke a. a. O. S. 21.

Lebenslauf.

Ich, Paul Averdunk, bin zu Duisburg am 1. November 1882 als Sohn des Professors Heinrich Averdunk, Oberlehrers am Königlichen Gymnasium zu Duisburg, und seiner Ehefrau Alma Averdunk, geb. Klanke, geboren. Meine Eltern sind evangelisch und wohnen in Duisburg. Ich erhielt die Vornamen Gottfried Wilhelm Paul, wurde evangelisch getauft und erzogen. Ostern 1889 trat ich in das Königliche Gymnasium meiner Vaterstadt ein, das mich Ostern 1901 mit dem Zeugnis der Reife entliess. Ich studierte sodann drei Jahre Jurisprudenz und zwar je 3 Semester in Bonn und Berlin. Am 9. Mai 1904 bestand ich das Referendarexamen in Hamm; am 20. Mai die mündliche Prüfung zur Erlangung der Doktorwürde der Juristenfakultät in Rostock. Am 20. Mai 1904 zum Referendar ernannt, wurde ich dem Amtsgerichte Borbeck überwiesen. Am 1. Oktober desselben Jahres trat ich als Einj.-Freiw. in das Königin Augusta Garde-Grenadier-Regiment Nr. 4 in Berlin ein.

Es ist mir ein dringendes Bedürfnis, an dieser Stelle allen meinen verehrten Herren Lehrern für die mir zuteil gewordene Unterweisung aufrichtigen Dank auszusprechen.